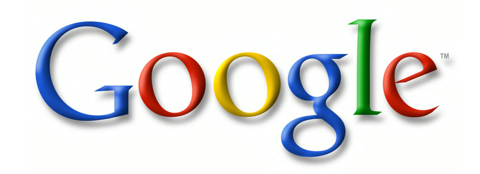


This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

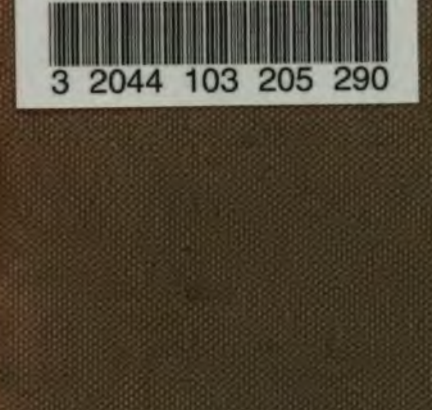
Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

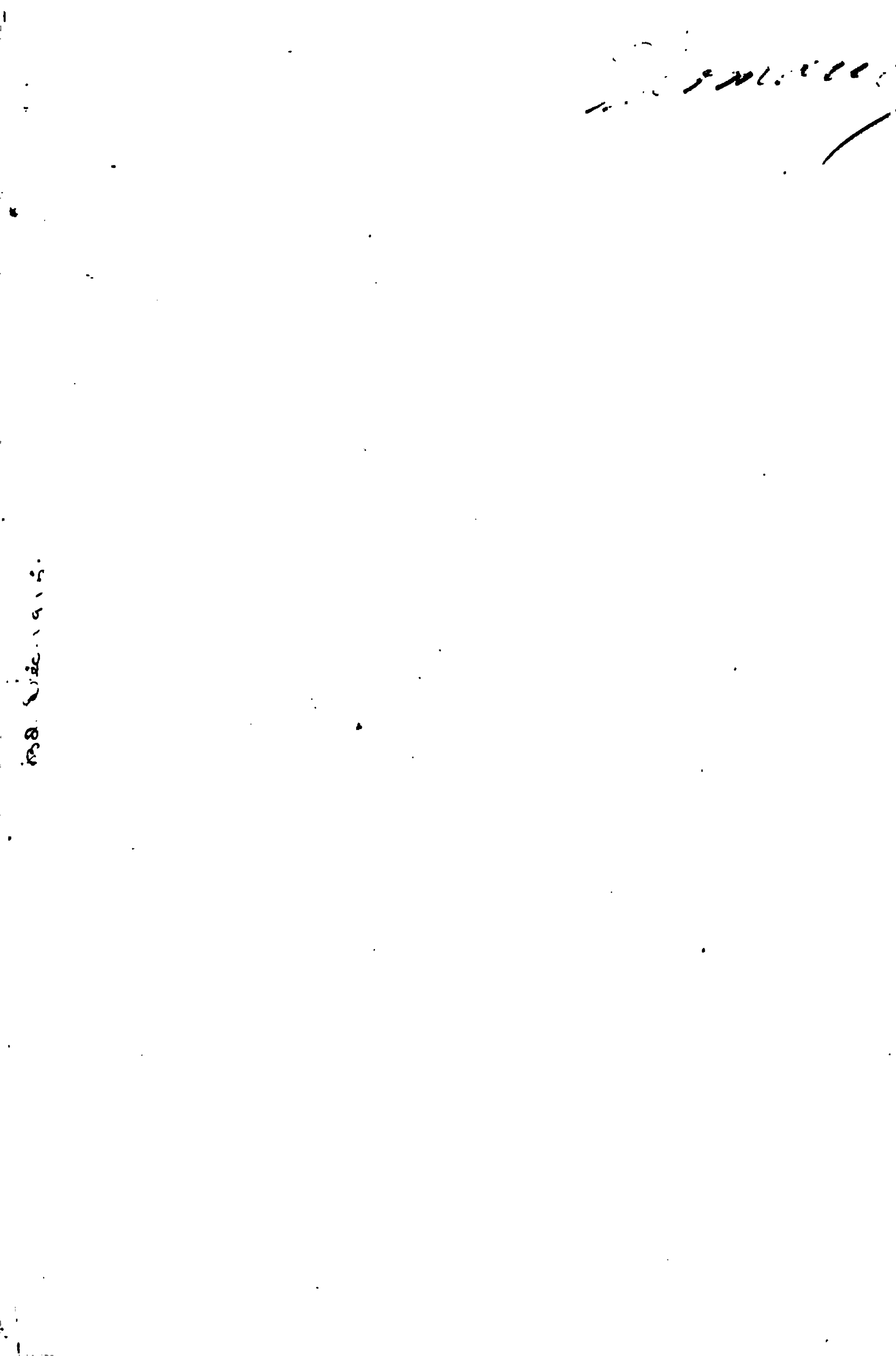
+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

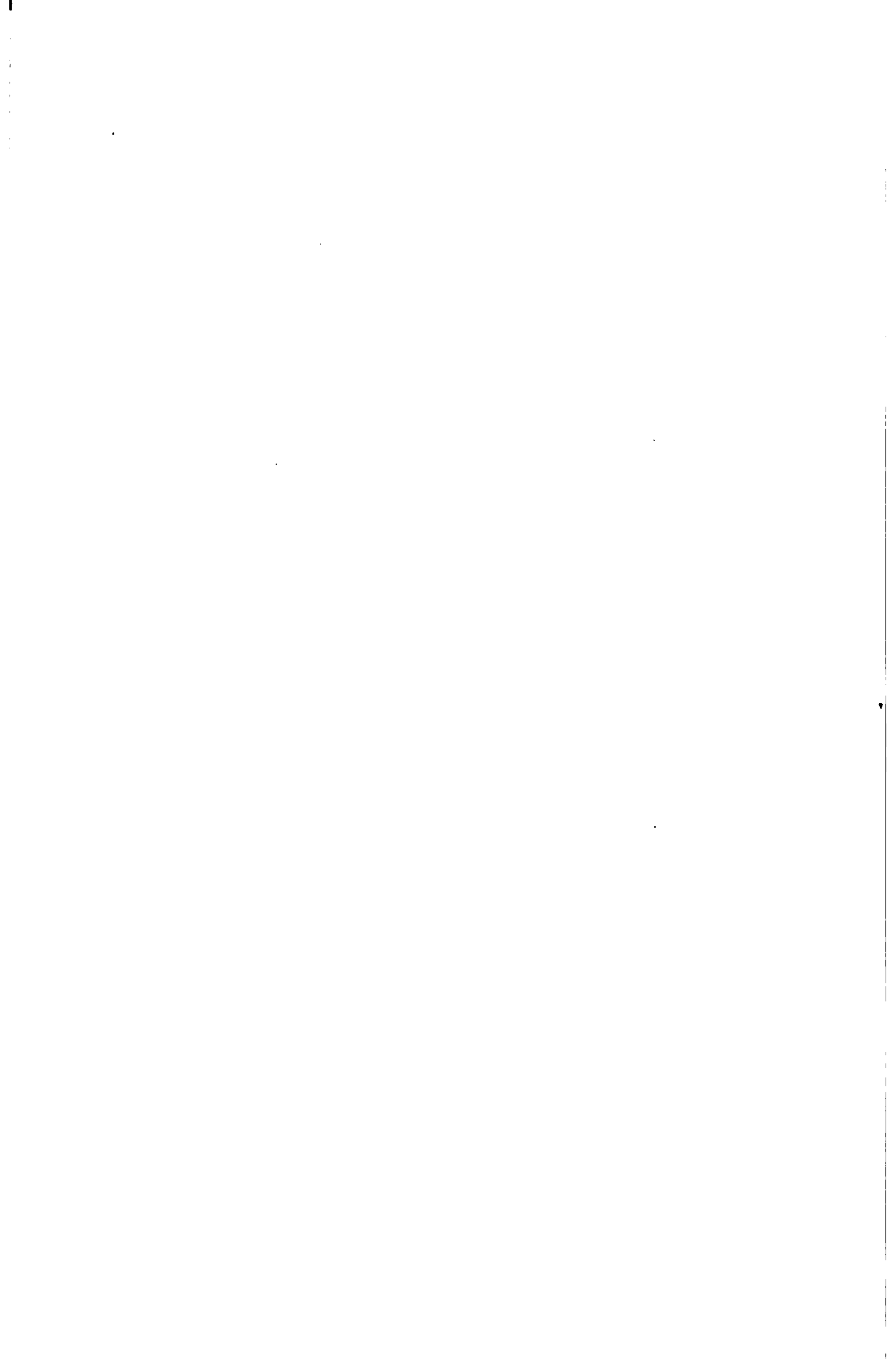
About Google Book Search

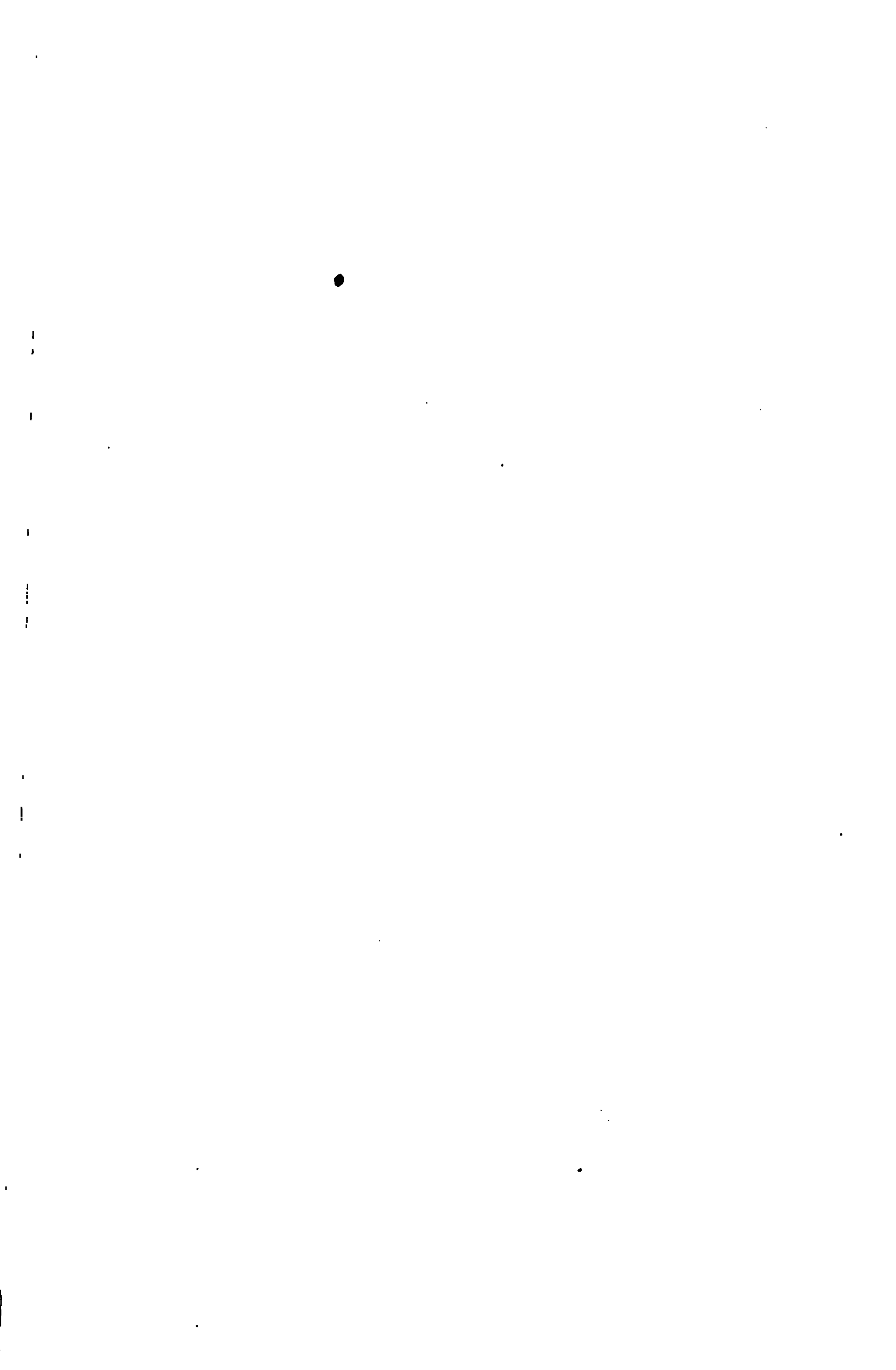
Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/


3 2044 103 205 290









1
1789

Handbuch

des

Deutschen Privatrechts.

Dritter Band.



Handbuch

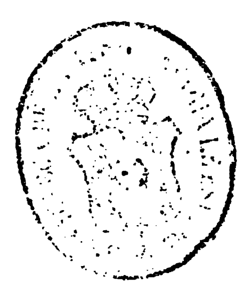
des

Deutschen Privatrechts

von

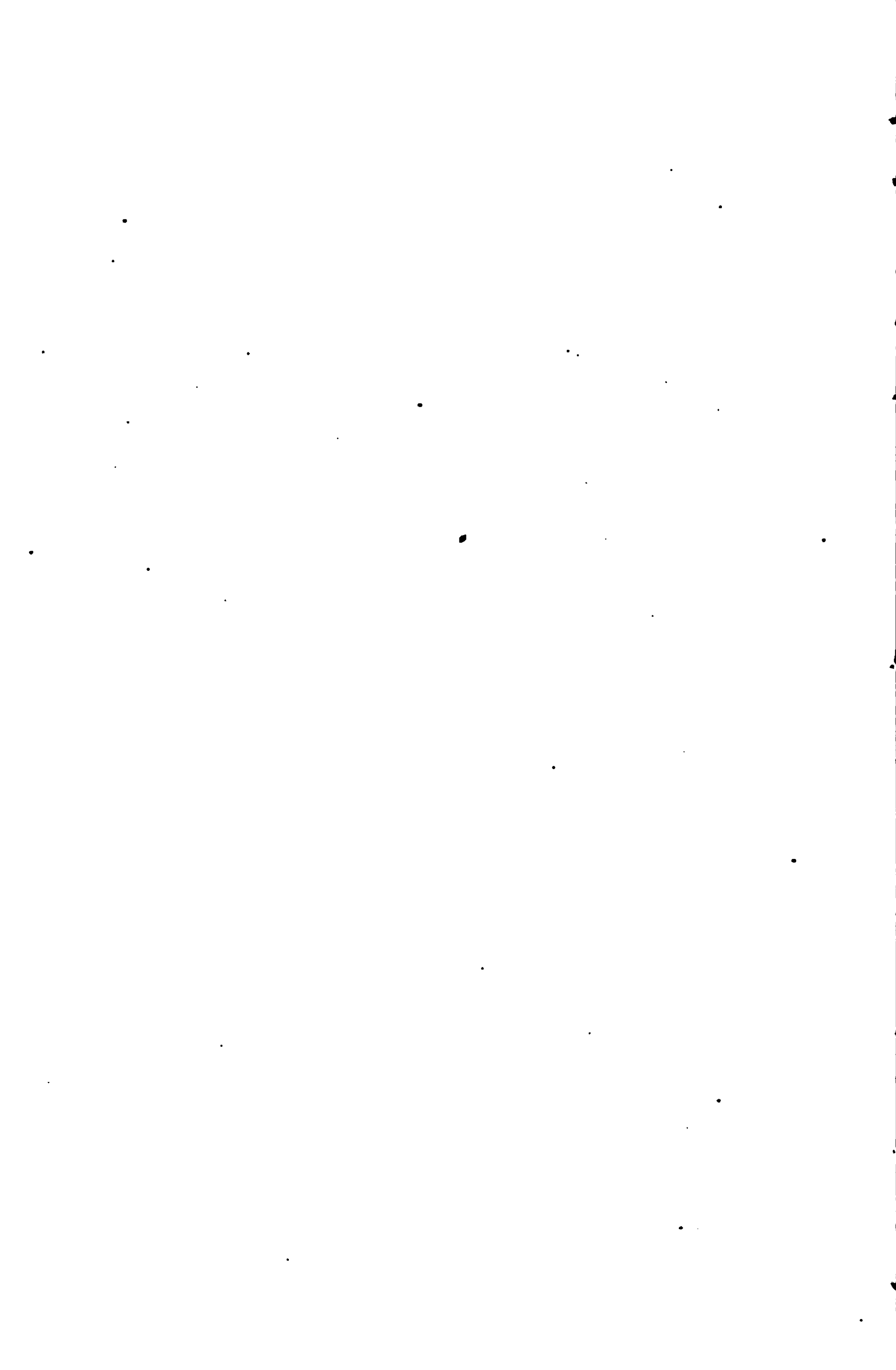
Otto Stobbe.

Dritter Band.



Zweite Auflage.

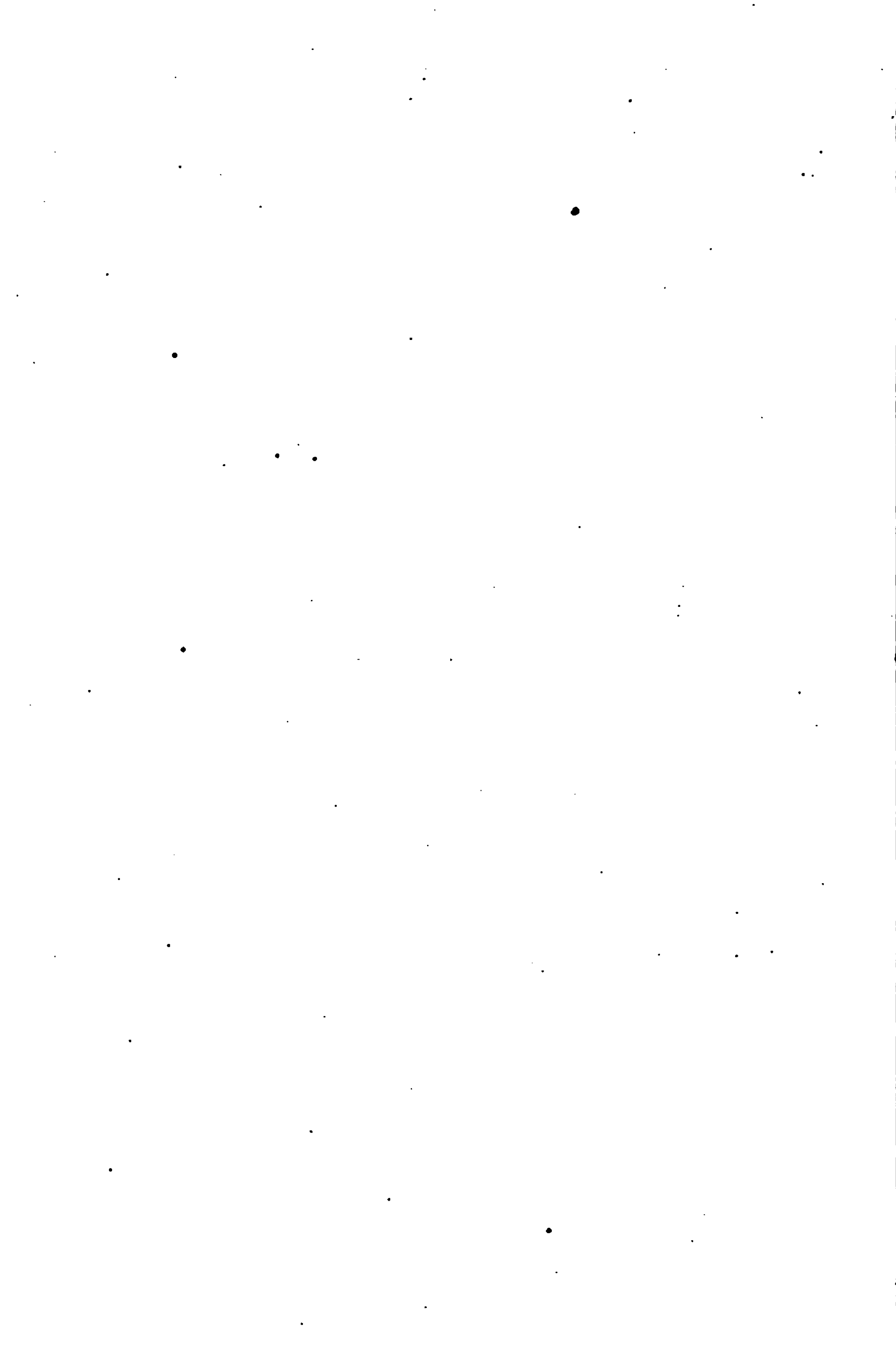
Berlin.
Verlag von Wilhelm Hertz.
(Bessersche Buchhandlung.)
1885.



Rudolph v. Ihering

in herzlicher Freundschaft

gewidmet.



Vorwort zur ersten Auflage.

Bei der Veröffentlichung des dritten Bandes, welcher größtentheils das Forderungsrecht behandelt, bin ich noch mehr, als bei den früheren Bänden mir dessen bewußt, wie wenig meine Leistung den Anforderungen entspricht, welche an eine derartige Arbeit gestellt werden dürfen. Es handelt sich hier um den schwierigsten Theil des ganzen Werks.

Das Obligationenrecht haben die Germanisten bei ihren systematischen Arbeiten bisher am ärgsten vernachlässigt. Schon äußerlich tritt dies entgegen, wenn man beachtet, einen wie kleinen Raum dasselbe in den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts einzunehmen pflegt. Auch sind erst in neuerer Zeit rechtshistorische Untersuchungen über das deutsche Obligationenrecht unternommen worden. Und doch ist trotz der vielfach behaupteten Uebereinstimmung der Grundprinzipien des römischen und des modernen Obligationenrechts der Gegensatz bei vielen prinzipiell wichtigen Punkten ein fundamentaler.

Schwierig war auch die Bestimmung darüber, was aufgenommen und was übergangen, wie die Grenze zwischen der Disciplin der Pandekten und der des deutschen Privatrechts gezogen werden solle. Hier konnte nur das subjektive Ermessen entscheiden und ich bin darauf gefaßt, daß mancher Kritiker Lücken entdecken oder Einzelnes als nicht hieher gehörig bezeichnen wird. Im allgemeinen ging ich nicht auf Vollständigkeit aus, sondern stellte nur diejenigen Partien dar, in welchen die ältern oder neueren Quellen des deutschen Rechts eine selbstständige Richtung zeigen. Insbesondere zweifelhaft war es, welche einzelnen Obligationen im speziellen Theil aufzunehmen und welche fortzulassen seien. Meinem Programm gemäß schloß ich das Handelsrecht aus; aber ich habe auch einzelne andere Obligationen, welche nicht durch das Handelsgesetzbuch geregelt werden, übergangen, sei es, daß sie wesentlich unter den Grundsätzen des Römischen Rechts stehen, sei es, daß sich über sie keine

festen Regeln herausgebildet haben. So gelten z. B. für die Gesellschaften, welche nicht Handelsgesellschaften sind, noch weiter die Grundsätze des Civilrechts; aber ich glaubte die hier bestehenden Differenzen vom Römischen Recht, wie sie in den neueren Gesetzbüchern enthalten sind, übergehen zu dürfen.

Wo es sich um das moderne Recht handelt, habe ich überall auch die neueren Entwürfe berücksichtigt, besonders den von den Vertretern einer Reihe von deutschen Regierungen zu Dresden berathenen „Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse" (herausgegeben im Auftrage der Commission von Dr. B. Franke. Dresden 1866), welchen ich als Dresdener citire, und die beiden Schweizer Entwürfe des Obligationenrechts von 1877 (Schweizerisches Obligationenrecht mit Einschluß des Handels- und Wechselrechtes. Entwurf bearbeitet nach den Beschlüssen einer Kommission vom 16. bis 21. Mai 1876 und vom 18. September bis 7. Oktober 1876. Bern 1877) und von 1878 (Entwurf eines Bundesgesetzes über Obligationenrecht. Allg. Theil. Beschlüsse der Redaktions-Commission. Januar und März 1878. Bern 1878; in deutschem und französischem Text).

Noch über einen Punkt will ich mich in dem Vorwort aussprechen. Es liegt ein gewisser Mangel an Symmetrie darin, daß ich das Urheberrecht und einige verwandte Rechte einem besondern (dritten) Buch zugewiesen habe. Ich gestehe, daß als ich vor 4 Jahren den Anfang des zweiten Bandes drucken ließ, ich noch nicht zu der Ansicht gelangt war, daß dem Urheberrecht diejenige Stelle gebühre, welche ich ihm jetzt gegeben habe. Wäre ich damals bereits zu diesem Resultat gekommen, so würde ich dem zweiten Buch nicht die Ueberschrift „Sachenrecht", sondern eine allgemeiner lautende, etwa „absolute Vermögensrechte", gegeben haben, um durch dieselbe sowohl das Immobiliar- und Mobiliarsachenrecht als auch das Urheberrecht und verwandte Herrschaftsrechte zu umfassen; dann würde das Urheberrecht die 4. Abtheilung des zweiten Buchs gebildet haben.

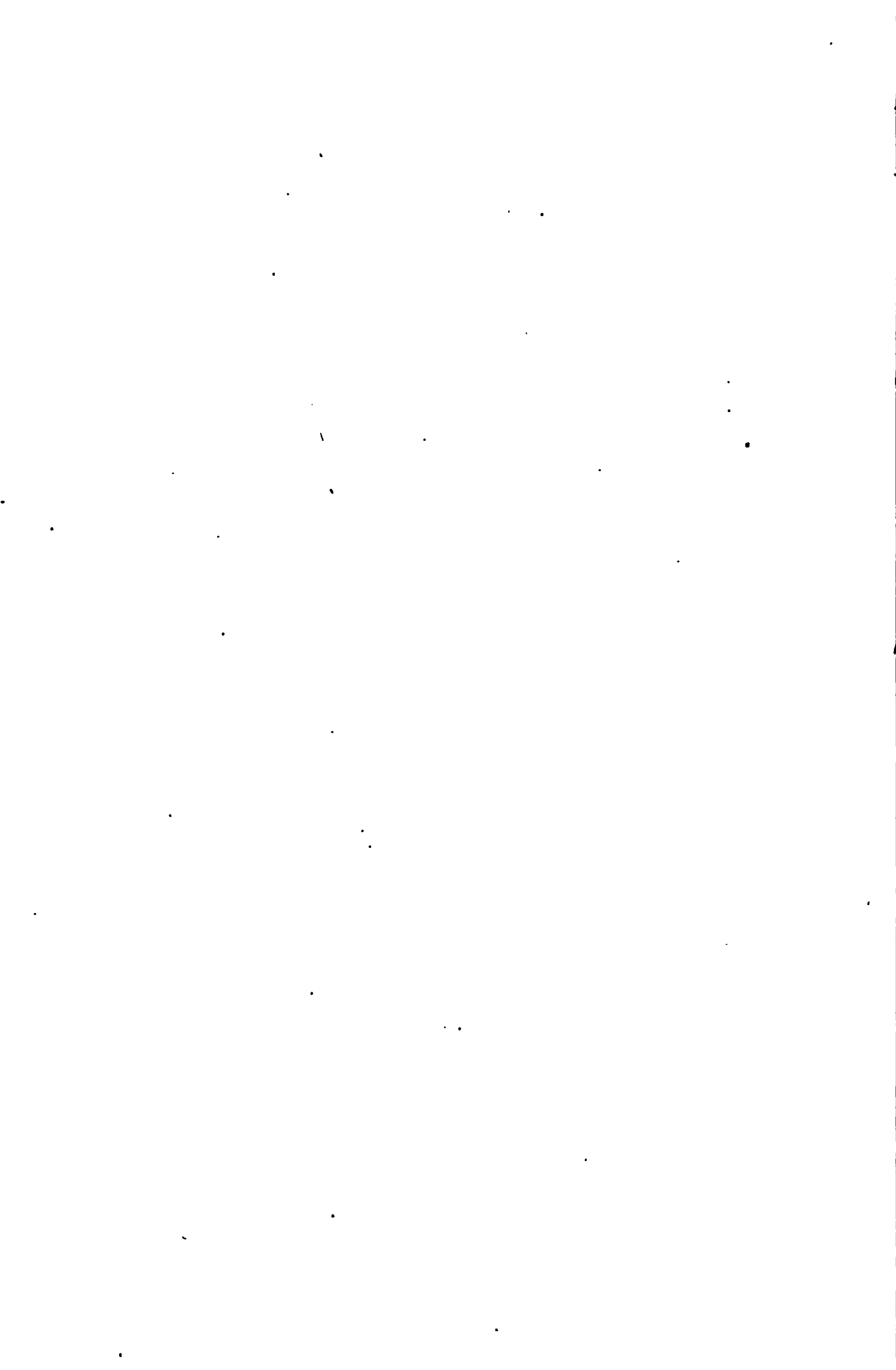
Leipzig, den 22. September 1878.

Vorwort zur zweiten Auflage.

Bereits in dem Vorwort zum fünften Bande habe ich es begründet, warum ich den dritten Band in wesentlich unveränderter Auflage erscheinen lasse. Ich bin außer Stande in kurzer Zeit das Buch eingehend zu revidiren und einzelne Abschnitte völlig neu zu bearbeiten. Statt in einzelnen Beziehungen, wo mir das Material zur Verfügung steht, zu bessern und an andern Stellen, wo eine prinzipielle Umarbeitung zu wünschen ist, dieselbe zu unterlassen, zog ich es vor, das Buch in derselben Gestalt von neuem abdrucken zu lassen, in welcher es vor sieben Jahren erschienen ist. Seiten- und Paragraphenzahlen so wie die Noten stimmen überall mit der ersten Auflage überein. Nur in unwesentlichen Beziehungen haben einzelne Aenderungen stattgefunden, einige Druckfehler sind verbessert, hie und da ist in den Noten ein kurzes Citat hinzugefügt und statt der Bezugnahme auf die Entwürfe des Schweiz. Obligationenrechts habe ich jetzt das Gesetz selbst citirt. Die am Schluß des vorstehenden Vorworts der ersten Auflage in Aussicht genommene Aenderung in der Systematik ist jetzt durchgeführt worden.

Sollte in Zukunft eine neue Auflage erforderlich werden, so würde gerade dieser Band in durchgreifenderer Weise, als die anderen Bände umzugestalten sein.

Leipzig, den 16. Juli 1885.



Inhaltsverzeichniß.

Zweites Buch.

Absolute Vermögensrechte.

Vierte Abtheilung. Rechte an immateriellen Gütern.

Drittes Buch.

Forderungsrecht.

Erste Abtheilung. Allgemeine Grundsätze.

Zweite Abtheilung. Die einzelnen Forderungen aus Verträgen.

Dritte Abtheilung. Die einzelnen Forderungen aus Delikten.

Zweites Buch.

Absolute Vermögensrechte.

Vierte Abtheilung. Rechte an immateriellen Gütern.

I. § 157. Einleitung.

1. Dem Sachenrecht, welches die Rechte an körperlichen Rechtsobjekten, an unbeweglichen und beweglichen Sachen, dargestellt hat, ist der Complex derjenigen Rechte zur Seite zu stellen, deren Objekt nicht faßbare Dinge der Außenwelt, sondern immaterielle Güter sind. Denn die Rechtsordnung hat es in einem beschränkten Umkreise anerkannt, daß eine Person in ähnlicher Weise wie über körperliche Dinge, so über immaterielle Güter eine rechtliche Herrschaft ausüben und unbefugte Eingriffe dritter Personen in dieselben zurückweisen kann.

2. Hieher gehören zunächst Rechte an Objekten, welche durch schöpferische Thätigkeit des Berechtigten neu hervorgebracht sind und der Herrschaft des Schöpfers, des Urhebers unterliegen. Daß es sich hier in der That um Rechtsobjekte handelt, hat erst in neuester Zeit die Wissenschaft und Gesetzgebung anerkannt. Während es früher wohl als billig oder anständig galt, daß dritte Personen den Urheber, welcher durch geistige, künstlerische, technische u. s. w. Thätigkeit ein Werk geschaffen, eine Erfindung gemacht hat u. s. w., nicht in der ökonomischen Ausnutzung des Werks, der Erfindung u. s. w. schädigen oder sich Dispositionen darüber unbefugt anmaßen, fehlte es doch an einem Rechtssatz, wonach der Staat den Urheber in dieser Richtung zu schützen hatte. Das neuere Recht aber ist nach verschiedenen Seiten hin den Interessen des Autors gerecht geworden und hat ihm das Recht der ausschließlichen Verfügung über sein

Werk gegeben. Er allein soll bestimmen, ob und in wie weit es veröffentlicht und aller Welt zugänglich gemacht werden soll; wer in sein Urheberrecht eingreift, begeht ein Delikt, wird bestraft und ist zum Schadensersatz verpflichtet. Der Schriftsteller und der Musiker sind gegen Nachdruck und unbefugte Aufführung ihrer Werke, der bildende Künstler und der Photograph gegen unberechtigte Nachbildung ihrer Werke, der Fabrikant, Handwerker und Techniker gegen die Nachahmung der von ihnen geschaffenen Muster und Modelle, der Erfinder gegen die unbefugte Ausnutzung der patentirten Erfindung durch Andere geschützt. Ihre thatsächliche, von Beeinträchtigungen bedrohte Herrschaft über ihr Werk ist durch das moderne Recht zu einer rechtlichen erhoben worden.

3. Auch das ältere Recht kannte derartige ausschließliche Berechtigungen vermögensrechtlicher Natur, aber nicht auf Grund einer allgemein lautenden Rechtsnorm, sondern zufolge eines durch die Willkür der Staatsgewalt ertheilten Privilegs oder der unvordenklichen ausschließlichen Ausübung: so Monopole, Bannrechte, ausschließliche Gewerbeberechtigungen. Oder es wurde in Fällen, wo heutzutage gesetzlich das Urheberrecht besteht, ein solches durch Privileg geschaffen; der Autor oder der Erfinder erlangte durch den guten Willen der Staatsgewalt ein Privileg gegen Nachdruck, ein Patent zur ausschließlichen Ausnutzung seiner Erfindung. Mußte früher zu der schaffenden Thätigkeit des Urhebers noch der spezielle Wille der Staatsgewalt hinzutreten, um ein subjektives Recht zu begründen, so bestimmt jetzt ein für alle Male eine Rechtsnorm, unter welchen Voraussetzungen das Werk zum Rechtsobjekt wird und in welchem Umfange der Urheber das ausschließliche Herrschaftsrecht über dasselbe gewinnt. Bald entsteht das subjektive Recht des Urhebers als unmittelbare Folge seiner schöpferischen Thätigkeit, bald ist seine Existenz noch von einer Eintragung in gewisse, öffentlich geführte Listen abhängig, sei es daß diese Eintragung ohne weiteres auf die Anmeldung erfolgt, sei es daß es noch einer besonderen Vorprüfung und amtlichen Beschlußfassung bedarf.

4. Sowohl bei jenen gegenwärtig fast ganz abgestorbenen Fällen (Monopole, Gewerbeberechtigungen) als auch bei den im modernen Recht anerkannten Urheberrechten handelt es sich um Rechte, welche den sachenrechtlichen Befugnissen parallel gehen. Dem Be-

rechtigten ist nicht wie bei der Obligation eine bestimmte Person verpflichtet, sondern er hat die Herrschaft über ein Rechtsobjekt, welche von Jedem anerkannt werden muß, und wird aller Welt gegenüber gegen Beeinträchtigungen geschützt.

Aber von den Sachenrechten unterscheiden sich die Urheberrechte dadurch, daß sie zum Gegenstande nicht Stücke der realen Welt, sondern immaterielle Güter haben, welche durch den Willen und die Thätigkeit des Urhebers geschaffen sind. Ein weiterer Gegensatz ist noch der, daß die Urheberrechte eine zeitlich beschränkte Existenz haben. Da es in vielen Fällen als eine Wohlthat für die Gesammtheit erscheint, wenn das Werk im Lauf der Zeit zum freien Gemeingut wird, bestehen sie entweder nur eine fest bestimmte Zeit hindurch oder nur während der Lebenszeit des Autors und gewisser Jahre nach seinem Tode.

5. Den Urheberrechten verwandt sind das Recht einer Person auf ihren Namen, das Recht des Kaufmanns auf den ausschließlichen Gebrauch seines kaufmännischen Namens (Firma) und das Recht des Gewerbetreibenden auf den ausschließlichen Gebrauch seines Zeichens (seiner Marke) zur Bezeichnung seiner Waaren im kaufmännischen Verkehr. Von diesen Rechten handelt § 163.

II. Das Urheberrecht.

Literatur[1]).

Homeyer das Gesetz vom 11. Juni 1837 und das geistige Eigenthum, in Hinschius juristischer Wochenschrift für die Preuß. Staaten, 4. Jahrg. 1838 S. 212—216, 221—226.

Jolly die Lehre vom Nachdruck (Beilageheft zum Arch. f. civ. Praxis XXXV). Heidelb. 1852.

Bluntschli das sg. Schrifteigenthum. Das Autorrecht, in d. krit. Ueberschau I. 1853. S. 1—26.

Harum die gegenwärtige österr. Preßgesetzgebung . . . mit einer einleitenden Abhandlung über das Autorrecht im Allgemeinen. Wien 1857 (bezieht sich auf das österr. Pat. v. 10. Oktob. 1846).

[1]) Ich halte es für zweckmäßig hier sowohl die Werke, welche sich mit dem Urheberrecht im allgemeinen, als auch diejenigen, welche sich mit einzelnen Arten desselben beschäftigen, zusammen zu stellen. Von den Werken, welche einzelne Reichsgesetze kommentiren, führe ich nur diejenigen an, welche für die Theorie oder Praxis von erheblichem Werth sind.

Osk. Wächter das Verlagsrecht mit Einschluß der Lehren vom Verlagsvertrag und Nachdruck. 2 Bände. 1857, 58 (im folgenden einfach citirt: Wächter); über den ersten Band eine eingehende Kritik von R. Schmid in d. heidelb. krit. Zeitsch. V. 1859. S. 425—457.

M. Lange Kritik der Grundbegriffe vom geistigen Eigenthum. Schönebeck. 1858.

v. Gerber über die Natur der Rechte des Schriftstellers und Verlegers, in s. gesamm. Abhandlungen S. 261—310. (S. 261—297 war zuerst in Gerber u. Ihering's Jahrbb. III. 1859. S. 359—398 erschienen; S. 298—310 ist ein Theil einer Rede v. J. 1863 u. in den Abhandlungen zum ersten Mal gedruckt.)

Kühns der Rechtsschutz an Werken der bildenden Künste. Eine Denkschrift im Namen der deutschen Kunstgenossenschaft. Berlin 1861.

H. Ortloff das Autor- u. Verlagsrecht als strafrechtlich zu schützendes Recht, in Gerber u. Ihering's Jahrbb. V. 1861. S. 263—353.

Harum zur Kritik einiger neuerer Ansichten über das Autorrecht, in Haimerl's österr. Viertelj. Schr. XI. 1863. S. 269—280, XII. S. 91—114.

Orelli der Schutz des litter. und künstler. Eigenthums in der Schweiz, in d. Ztschr. für Schweiz. Recht XII. 1864. S. 109—154.

Kuntze in Holzschuher's Theorie u. Casuistik II. 3. Aufl. 1864. S. 199—237.

Max Neumann Beiträge zum deutschen Verlags- u. Nachdrucksrechte bei Werken der bildenden Künste im Anschluß an die Frage vom Rechtsschutze der Photographie gegen Nachdruck. Berlin 1866.

R. Spöndlin über das Wesen des Verlagsrechts und dessen Verletzung durch den Nachdruck mit Rücksicht auf das deutsche, französ. u. schweizer. Recht. Zürich 1867 (eine wenig beachtete, aber verdienstliche Inauguraldissertation).

G. Mandry Gesetz v. 28. Juni 1865 zum Schutze der Urheberrechte an liter. Erzeugnissen und Werken der Kunst erläutert, in Dollmann die Gesetzgebung des Königr. Bayern seit Maximilian II. Erster Theil, 5. Band. 1867. S. 53—453.

Klostermann das geistige Eigenthum an Schriften, Kunstwerken u. Erfindungen. 2 Bände. 1867, 1869 (im folgenden einfach citirt: Klostermann). Von dem ersten Bande ist 1871 eine Titelauflage erschienen, auch unter dem Specialtitel: „Das Urheber- und Verlagsrecht": sie unterscheidet sich von der 1. Auflage nur durch einen Anhang: „Das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Compositionen u. dramatischen Werken nach dem Reichsgesetze vom 11. Juni 1870 systematisch dargestellt." Derselbe hat eine besondere Seitenzählung und ist auch separatim erschienen. (Citirt: Klostermann Anhang.) Die 2. Auflage des 2. Bandes (Patentgesetzgebung) führe ich weiter unten S. 5 an.

Ferd. Korb Was heißt und ist das geistige Eigenthum an literarischen Erzeugnissen. Breslau 1869.

Dambach die Gesetzgebung des norddeutschen Bundes betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Compositionen u. dramatischen Werken. Berlin 1871 (Commentar).

Endemann das Gesetz betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken u. s. w. Berlin 1871 (Commentar).

Dahn zur neuesten deutschen Gesetzgebung über Urheberrecht, in Behrend's Zeitschr. f. Gesetzgebung u. Rechtspflege in Preußen V. S. 1—74. 1871 (mit Bezug auf das bairische u. das norddeutsche Bundesgesetz. In der Folge bloß mit dem Namen des Verfassers citirt).

C. W. Hoffmann über das Urheberrecht an Briefen. Inaug.-Diss. S. Gallen. 1874.

Dambach Nachdruck u. Nachbildung, in v. Holtzendorff's Handbuch des d. Strafrechts III. 1874. S. 1019—1049.

Osk. Wächter das Autorrecht nach dem gemeinen deutschen Recht systematisch dargestellt. Stuttg. 1875 (citirt: Wächter A. R. — Ein ganz anderes Werk als das S. 3 citirte; es bezieht sich nur auf das literarische u. musikalische Autorrecht).

Klostermann das Urheberrecht an Schrift- u. Kunstwerken, Abbildungen, Compositionen, Photographien, Mustern und Modellen nach deutschen u. internationalem Rechte systematisch dargestellt. Berlin 1876 (citirt: Klostermann U. R.).

Klostermann die Patentgesetzgebung aller Länder nebst den Gesetzen über Musterschutz u. Markenschutz. Berlin 1876 (citirt: Klostermann P.).

Dambach das Musterschutzgesetz v. 11. Jan. 1876. Berl. 1876.

Klostermann das Recht des Erfinders, in Busch Archiv XXXV. 1877. S. 11—91.

Gareis das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen- und Markenschutzes, in Busch Arch. XXXV. 1877. S. 185—210.

Osk. Wächter das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste, Photographien und gewerblichen Mustern. Nach dem gemeinen deutschen Recht systematisch dargestellt. Stuttg. 1877 (citirt: Wächter U. R.).

Klostermann das Patentgesetz für das deutsche Reich nebst Einleitung und Commentar und mit vergleichender Uebersicht der ausländischen Patentgesetze. Berl. 1877 (citirt: Klostermann Commentar).

Gareis das deutsche Patentgesetz v. 25. Mai 1877 erläutert. Berl. 1877.

Kohler deutsches Patentrecht systematisch bearbeitet unter vergleichender Berücksichtigung des französ. Patentrechts. Mannh. u. Straßb. 1878.

Laband Staatsrecht des deutschen Reiches II. 1878. S. 468—490 (eine Darstellung des Patentrechts).

Reuling Beiträge zur Lehre von dem Urheberrecht, in Goldschmidt's Ztschr. XXIII. S. 70—137.

Dahn das Reichspatentgesetz und seine Literatur, in d. krit. Viertelj. Schr. XX. 1878. S. 345—381, 541—561 (citirt: Dahn Patentgesetz).

v. Gerber § 219, Bluntschli § 46—50, Beseler § 88, Walter § 123, 324—326, Gengler Privatrecht 3. Aufl. § 130.

Haubold II. § 426—432, 436, Förster II. § 153.

Literatur- u. dogmengeschichtliche Uebersichten bei Jolly S. 5 ff., Harum S. 11 ff., Wächter I. S. 61 ff., A. R. S. 37 ff., Klostermann I. S. 100 ff., Dambach bei v. Holtzendorff S. 1022, 1023. — Literatur über das Patentrecht bei Kostermann P. S. 108 ff., Dahn Patentgesetz S. 345 f.

Aeltere Gesetze über das Urheberrecht sind zusammengedruckt in:

Schletter Handbuch der d. Preß-Gesetzgebung. Leipz. 1846.

Eisenlohr Sammlung der Gesetze und internationalen Verträge zum Schutze des literarisch-artistischen Eigenthums in Deutschland, Frankreich und England. Heidelb. 1856, Nachtrag Heidelb. 1857.

Eine systematisch geordnete Zusammenstellung ist:

A. W. Volkmann, Zusammenstellung der gesetzl. Bestimmungen über das Urheber- und Verlagsrecht aus den Bundes-Beschlüssen, den deutschen Territorialgesetzgebungen und den franz. u. engl. Gesetzen bearbeitet. Leipz. 1855.

§ 158. Das Wesen des Urheberrechts.

Die Lehre vom Urheberrecht[1]) gehört noch jetzt zu den allerbestrittensten[2]). Es ist bestritten, ob es ein wirkliches Urheber-

---

[1]) Wir werden den Ausdruck Autorrecht oder Urheberrecht brauchen, von denen der letztere durch das Reichsgesetz vom 11. Juni 1870 legalisirt worden ist: „Gesetz betreffend das Urheberrecht".

Wächter braucht in seinem ersten Buch den Ausdruck Verlagsrecht, um das ausschließliche Recht des Autors zur Vervielfältigung und Verbreitung seines Werkes zu bezeichnen. Der Ausdruck ist nicht glücklich gewählt, da man auch dem Verleger, welcher dies Recht vom Autor erhalten hat, das Verlagsrecht zuschreibt und überhaupt bei diesem Wort mehr an den Schutz, welcher dem Verleger zukommt, als den dem Autor gebührenden zu denken pflegt. Ueberdies aber geht das Urheberrecht weiter als das Verlagsrecht und begreift auch das Aufführungsrecht an dramatischen Werken, welches Wächter nur in sehr uneigentlichem Sinne als Ausfluß des Verlagsrechts darstellen kann. Auch die Rechtfertigung, welche Spöndlin für den Ausdruck Verlagsrecht versucht, befriedigt nicht.

Gareis bei Busch Bd. 35 S. 196 ff. hat für die Autorrechte und die Rechte am Namen und Zeichen den Ausdruck „Individualrechte" einzuführen versucht und ihm ist darin Kohler gefolgt. Derselbe empfiehlt sich nicht, weil er nicht das bezeichnet, was er bezeichnen will, und weil Andere (z. B. v. Ihering Geist. III. 1. S. 349 (3. Aufl.), Entsch. des ROH.Ger. XXII. S. 244) ihn in einem andern, entsprechenderen Sinne verwenden, nämlich im Gegensatz gegen Gemein- oder Gesammtrecht, gesellschaftliches Recht u. s. w.

[2]) Freilich sagt Bluntschli Privatr. § 46 a. A., daß es unserer Zeit endlich gelungen sei, das Prinzip zu entdecken; aber Bluntschli's Auffassung ist nicht allgemein durchgedrungen.

recht giebt und ob nicht bloß gewisse Handlungen, welche gegen die Interessen des Autors verstoßen, verboten sind. Es ist weiter bestritten, zu welcher Kategorie von Rechten das Urheberrecht gehört, wenn es überhaupt ein Recht ist, ob es Eigenthum oder ein Recht der Persönlichkeit oder eine besondere Art von Rechten ist.

1. Daß dem Urheber ein subjektives Recht mit Bezug auf sein literarisches Werk zustehe, wird von v. Gerber mit Entschiedenheit geleugnet[3]). Das Manuskript sei ein Vermögensobjekt, dessen Vervielfältigung und Verbreitung unter das Publikum verschiedene Interessen befriedige. Der Autor wolle die Genugthuung haben, durch sein Werk auf das Publikum zu wirken, und habe überdies pekuniäre Interessen. In letzterer Beziehung werde er und sein Verleger durch das Verbot des Nachdrucks geschützt. Dies Verbot sei aber nicht der Ausfluß eines schon an und für sich bestehenden subjektiven Rechts, sondern entspringe lediglich dem positiven Recht. Der Staat drohe die Strafe an wegen des Bruchs der öffentlichen Rechtsordnung, und der Einzelne, der diesen Schutz genießt, „steht dieser gesetzlichen Wohlthat gegenüber ganz in demselben Verhältniß, als derjenige, welcher seine persönliche Sicherheit durch mancherlei Strafgesetze oder seine politische Freiheit durch Gesetze über Preßfreiheit, Unabhängigkeit der Rechtspflege, Religionsfreiheit gewahrt sieht“[4]).

Nach unserer Ansicht hat die Gesetzgebung, indem sie, den Forderungen des Rechtsgefühls nachgebend, den Nachdruck verbot, nicht bloß die Interessen des Autors geschützt, sondern gleichzeitig anerkannt, daß der Nachdrucker ein Recht verletzt. In dem Schutz des Interesses des Autors durch das Verbot des Nachdrucks liegt implicite die Anerkennung des Autorrechts als eines wirklichen Privatrechts. Während der Staat früher im einzelnen Fall durch sein Privileg ein Autorrecht verlieh und dadurch ein subjektives

---

[3]) Privatr. § 219. Anm., Abhandl. S. 266 ff. Ihm hat sich, soweit ich sehe, nur Neumann S. 23 f., aber ohne Motivirung, und Laband Staatsr. II S. 469 („das Urheberrecht ist . . . lediglich der Reflex . . . dieser Beschränkung der Gewerbefreiheit“) angeschlossen.

[4]) Abh. S. 278.

Recht schuf[5]), entsteht dasselbe jetzt durch die Thätigkeit des Autors. Wer Nachdruck begeht, übertritt nicht bloß ein Verbot des Staats sondern verletzt das vom Staat anerkannte Recht des Autors oder seines Verlegers[6]). Die Rechtsordnung schützt nicht bloß den Autor dann in seinem Interesse, wenn dasselbe durch einen Andern verletzt ist, sondern betrachtet das Urheberrecht als ein Objekt, über welches Rechtsgeschäfte und Rechtsstreitigkeiten möglich sind, auch ohne daß ein Nachdruck stattgefunden hat. Wenn z. B. ein Streit darüber entsteht, wem von mehreren Prätendenten, z. B. den mehreren Erben eines Autors die Befugniß an dem Werk zusteht, kann man doch unmöglich annehmen, daß die Parteien darüber verhandeln, wer eventuell im Fall eines Nachdrucks als verletzt anzusehen sei, um die durch das Gesetz gewährleistetete Schadensersatzklage erheben zu können. Sie streiten vielmehr um das schon in der Gegenwart bestehende subjektive Recht.

Dem richtigen Gedanken, daß der Autor ein subjektives Recht habe und daß er für sein Werk ähnlich geschützt sein solle, wie der Eigenthümer in Bezug auf die seiner Herrschaft unterliegende Sache, wurde der unrichtige Ausdruck gegeben, daß hier ein geistiges, literarisches, artistisches, industrielles Eigenthum vorliege. Die Unvertilgbarkeit dieses Ausdrucks und die vielen Versuche der Doktrin, das Recht des Urhebers wirklich als Eigenthum zu begründen, liefern durch ihre Zähigkeit den Beweis, daß es sich um ein dem Eigenthum verwandtes Herrschaftsrecht handelt.

2. Die Urheberrechte sind eine besondere Art von Privatrechten, welche sich weder unter die Kategorien des Sachenrechts noch des Obligationenrechts bringen lassen[7]).

---

[5]) Daß durch das Privileg ein subjektives Recht entstand, giebt natürlich auch v. Gerber S. 277 f. zu.

[6]) Darauf, daß die Gesetze vielfach von einem Autorrecht ganz unabhängig von der Verletzung durch den Nachdruck sprechen, lege ich mit v. Gerber S. 278 f. kein Gewicht. Denn sie bezeugen lediglich, daß die Redaktoren der betreffenden Gesetze diese dogmatische Auffassung hatten.

[7]) R. Schmid im Arch. f. civ. Praxis XLIV. 1861. S. 1—27, 174—208 (vgl. auch seinen früheren Aufsatz in der (Heidelb.) krit. Zeitschr. V. 1859. S. 434 ff.), welcher das Autorrecht als ein ausschließliches (monopolisirtes) Gewerberecht auffaßt (S. 186 ff.), führt aus, daß die privilegirten Gewerberechte weder dinglich noch persönlich seien; man müsse sie entweder als eine besondere

Manche Schriftsteller glauben sie dem Sachenrecht einordnen zu dürfen. Sie sprechen nicht bloß von einem geistigen Eigenthum, sondern behaupten auch, daß das Urheberrecht ein Eigenthum sei, Eigenthum an einer res incorporalis, am geistigen Inhalt des Werkes oder an der Form der in dem Werk enthaltenen Gedanken[8]); der Nachdruck sei die widerrechtliche Benutzung einer fremden Sache, ein furtum usus. Dadurch wird die allgemein gültige Auffassung des Eigenthumsbegriffs in der bedenklichsten Weise alterirt. Eigenthum ist ein auf das Sachenrecht zu begrenzender Begriff (vgl. oben II. § 78. 6); es giebt Eigenthum nur an körperlichen Dingen. Der Schriftsteller, Erfinder u. s. w. ist nicht Eigenthümer seiner

---

Kategorie oder als eine deutsche Erweiterung des Begriffs der dinglichen Rechte betrachten S. 13 ff. So sei das Autorrecht entweder neben das Eigenthum und die jura in re aliena oder in die Lehre vom Eigenthum als Eigenthum an einer res incorporalis zu stellen S. 192. — Mandry Commentar 1867. S. 99 nimmt gleichfalls eine „dritte Kategorie von Vermögensrechten absoluten Charakters aber ohne sachenrechtliche Grundlage" an; dem stimmt Wächter AR. S. 19 bei. — C. W. Hoffmann S. 6 ff.: „ein Recht, das eine personenrechtliche und eine sachenrechtliche Seite hat"; es sei neben diese beiden Rechte zu stellen. — Vgl. auch unten S. 16 in der Anmerkung die Mittheilung über Spöndlin und Reuling. — v. Gerber Privatrecht § 219 N. 2 bezeichnet Mandry's Auffassung als phrasenhaft.

[8]) Schriftsteller und Gesetze, welche diese Ansicht vertreten, sind angeführt bei Klostermann I. S. 116 f., 120 N. 1, Wächter S. 62 ff. Sie herrscht auch im französischem Recht (droit de propriété), und Baden'schen Landrecht (Art. 577[db] „das Schrifteigenthum erstreckt sich nicht nur auf die Handschrift, sondern auch auf deren Inhalt"); Zachariä franz. Recht I. § 193[b] sagt: „Gegenstände des Eigenthumsrechtes sind auch die Werke der Schriftsteller, ferner Erfindungen und Entdeckungen". Zuletzt hat Korb das Eigenthum mit Energie vertheidigt.

Gegen diese Ansicht vgl. Harum S. 30 ff., Wächter S. 99 ff., v. Gerber S. 261 ff., Klostermann I. S. 114 ff., 120 ff., Bluntschli § 46[e]. — Treffend sagt Harum S. 40, daß sich die lange Geltung dieser Theorie erkläre „aus jenem Gegenmittel, welches jeder Irrthum in sich trägt, — aus der Inkonsequenz", indem man nur diejenigen Folgerungen aus dem Eigenthumsbegriff zog, welche man daraus ableiten wollte.

Wenn Beseler § 88. I. gegen das Eigenthum anführt, daß sich aus demselben eine prinzipiell unbeschränkte Dauer des Rechts ergeben würde, so ist das kein schlagendes Argument; denn es giebt auch revokables Eigenthum und es kann das Eigenthum durch Verjährung zerstört werden; vgl. auch Schmid (Heid.) krit. Ztschr. V. S. 440 f.

Idee, seines geistigen Produkts, seiner Erfindung, sondern es besteht Eigenthum nur am Manuskript, an den einzelnen gedruckten Büchern, den hergestellten Modellen, Maschinen u. s. w. Will man an dem geistigen Werk, an der Erfindung Eigenthum behaupten, so müßte man den Eigenthumsbegriff anders fassen, als es in unserer ganzen bisherigen Doktrin der Fall gewesen ist.

Mit ebenso wenig Grund zählt Klostermann das Urheberrecht zu den dinglichen Rechten überhaupt[9]); denn der Umstand, daß es „seine Wirkung allen Personen gegenüber äußert", ist kein Kriterium des dinglichen Rechts, sondern kann nur eine Veranlassung geben, es den dinglichen Rechten zu parallelisiren.

3. Nach Andern ist das Autorrecht „ein der Person zustehendes, auf die Urheberschaft begründetes Privatrecht, ein eigenthümliches Personenrecht"[10]); „ein Recht der Persönlichkeit, welches gegen jeden dritten geübt werden kann", die vermögensrechtliche Seite bestimme nicht die Natur des Rechts[11]). Das Autorrecht gehöre heutzutage zu den „allgemein menschlichen Rechten"[12]). Das Werk sei ein Ausdruck des persönlichen Geistes des Autors, ein Stück seiner Persönlichkeit; durch das Verbot des Nachdrucks werde die Persönlichkeit des Autors in seinem Werke „geehrt". Das Autorrecht sei primär ein persönliches Recht, sekundär ein Vermögensrecht; mit der Publikation des Werkes kämen „die Rechte der Gemeinschaft mit in Betracht"[13]).

---

[9]) S. 114.

[10]) Bluntschli in d. krit. Ueberschau I. S. 9.

[11]) Beseler § 88 N. 10, 11.

[12]) Bluntschli Privatrecht § 46. I.

[13]) Bluntschli Privatrecht § 47. — Verwandt sind die Ansichten von Lange S. 40 ff., Ortloff S. 325 f., Dahn S. 5 ff. (ein aus der Persönlichkeit abzuleitendes, ein persönliches Recht), Patentgesetz S. 355 f., 359, Orelli S. 116 („zwar in seiner Entstehung ein persönliches Recht, aber es knüpfen sich an dasselbe vermögensrechtliche Folgen und diese allein sind es, welche der Gesetzgeber schützt"). — Verwandt ist ferner die Ansicht von Gareis bei Busch Bd. 35 S. 197 ff., es käme dem Subjekt darauf an, „daß die Authenticität des Resultates seiner Bethätigung anerkannt und geschützt werde, das Individuum als Autor einer Leistung gelte". Aber greift denn derjenige, welcher das Urheberrecht verletzt, die Authenticität des Resultats der Bethätigung an? Nach Gareis ist der Gegenstand des Urheberrechts das „Individuelle der

Diese Ansicht entbehrt der juristischen Faßbarkeit. Was sollen wir uns unter Recht der Persönlichkeit oder persönlichem Recht des Autors denken? Stehen nicht alle Rechte der Persönlichkeit des Subjekts zu? Wenn es als ein persönliches Recht des Autors bezeichnet wird, daß er sein Werk publiciren oder zurückhalten könne, so müßte man eine neue Kategorie von persönlichen Rechten bilden, deren Objekt alle res merae facultatis wären[14]); man müßte z. B. ein persönliches Recht für Jeden ausscheiden, daß er zu bestimmen hätte, ob, wann, mit wem er sich verheirathen wolle u. s. w. Und welches sind denn die Rechte, welche die Gemeinschaft durch Publi-

---

Person, nemlich jede persönliche Thätigkeit der eigenen Person und der Erfolg der Bethätigung einer solchen, insoferne er nicht durch andere Rechte geschützt wird oder ungeschützt bleibt" (S. 200). Er zählt zu diesen Individualrechten (vgl. oben N. 1) außer den Urheberrechten und dem Recht auf Namen, Firma und Zeichen auch noch das Recht auf Leben, auf Integrität, auf freien und ausschließenden Gebrauch der Kräfte und auf Ehre. — Dahn Patentgesetz S. 356 sagt: „der Urheber hat eine Klage auf Anerkennung seiner Urheberschaft, wo sie bestritten wird: erst folgeweise auf Unterlassung (Verbietung) aller mit dieser rechtlich geschützten Urheberschaft unvereinbaren Handlungen, folgeweise auf Entschädigung für jeden durch Verletzung des Urheberrechts zugefügten Nachtheil, und ... auf Bestrafung nach Antrag".

Gegen diese Ansichten, daß das Urheberrecht ein Recht der Persönlichkeit sei, vgl. Wächter S. 90 f., Klostermann I. S. 125 f., Spöndlin S. 11 f., 24 ff., 27 ff.

[14]) Kramer die Rechte der Schriftsteller und Verleger 1827. S. 57 ff. giebt dem Autor folgende Rechte: „die Macht, die Schrift ganz oder theilweise zu vernichten und ganz oder theilweise zu verändern", „das Recht seine Schrift zu gebrauchen und zu benutzen", „die Befugniß das Werk zu vervielfältigen", „die Befugniß zur Veräußerung entweder der Schrift selbst, d. h. des ganzen Inbegriffs aller seiner Rechte oder einzelner von diesen". — Aehnlich führt Dahn S. 7 als Rechte des Urhebers auf: „das Recht 1) das Produkt zu zerstören oder zu erhalten, es 2) beliebig umzugestalten und zu ändern, 3) zu entscheiden, ob es vervielfältigt und veröffentlicht werden soll oder nicht, ersteren Falls 4) alle Modalitäten der Vervielfältigung und Veröffentlichung zu bestimmen, und 5) etwaige Einnahme aus dem Absatz zu beziehen". — Den meisten Schein hat noch das dritte der behaupteten Rechte für sich, aus dem dann das vierte und fünfte sich als Folgerungen ergeben würden. Aber mit Recht sagt Harum S. 45, daß das Recht des Autors sein Werk zu veröffentlichen oder nicht, nur ein Ausfluß der allgemeinen persönlichen Freiheit ist, „sowie das Recht auszugehen oder zu Hause zu bleiben, zu sprechen oder zu schweigen".

kation des Werkes erlangt? Ist die Gemeinschaft oder Gesellschaft ein Rechtssubjekt?

4. Die weiteste Verbreitung hat gegenwärtig die Ansicht, daß das Urheberrecht ein Vermögensrecht sei und nach der vermögensrechtlichen Seite geschützt werde[15]). So wie die Anhänger der Ansicht von der Persönlichkeit des Rechts den Schutz der vermögensrechtlichen Interessen als sekundär bezeichnen, so geben die Vertreter der vermögensrechtlichen Natur des Rechts es zu, daß sekundär auch andere als vermögensrechtliche Interessen geschützt werden[16]).

Vom Standpunkt des heutigen Rechts ist diese Auffassung einseitig: der Gesetzgeber schützt den Autor nicht bloß, weil sein Werk ein Vermögensobjekt ist[17]), sondern erkennt allgemein seine Herrschaft über sein Werk an. Zweifellos hat die rechtliche Anerkennung des Urheberrechts und das Verbot des Nachdrucks den Ausgangspunkt davon genommen, daß der Autor in der ausschließlichen vermögensrechtlichen Ausbeutung seiner Idee, Arbeit, Erfindung gegen Beeinträchtigungen dritter Personen geschützt sein soll. Aber durch das neuere Recht ist dieser Schutz erweitert und die Verletzung des Autorrechts ohne Rücksicht darauf verboten, ob im konkreten Fall das Vermögen des Autors beschädigt ist oder nicht. Kein Nachdrucker wird von Strafe durch den Nachweis frei, daß er das Vermögensinteresse des Autors nicht verletzt habe: das Autorrecht ist nicht mehr ein bloßes Vermögensrecht[18]).

---

[15]) Jolly S. 40 ff., Wächter § 9—11, AR. S. 3 ff., UR. S. 23 („ein Personenrecht von wesentlich vermögensrechtlicher Natur"), R. Schmid im Arch. f. civ. Pr. XLIV. S. 193 ff., Kuntze S. 206 ff., Klostermann UR. S. 23 ff. (der den unwiderleglichen Beweis dafür in der Vererblichkeit und Veräußerlichkeit des Rechts findet), Förster II. § 134. S. 160 f. (2. Ausg.), Mandry S. 98 f., Kohler S. 7 ff., 13 ff., 724 f., Reuling S. 70 f.

[16]) z. B. Mandry S. 98 f., Wächter AR. S. 5. N. 8; vgl. übrigens auch Gerber Abhandlungen S. 271.

[17]) Wächter AR. S. 6 behauptet irrig, daß das literarische Erzeugniß der Rechtssphäre erst da anheimfalle, „wo es nicht mehr in dem Kreise bloß ideeller Beziehungen verharrt, sondern Vermögensobjekt wird"; nur in der Nutzung liege ein objektiv rechtliches Interesse des Autors und daher ein Gegenstand für die Gesetzgebung.

[18]) Diesen meiner Meinung nach richtigen Standpunkt vertreten Harum Preßgesetzgebung S. 53 f., 55 ff., Lange S. 45 ff., Dambach Commentar

5. Der Urheber eines Schriftwerks, eines Kunstwerks, der Erfinder u. s. w. hat ein Rechtsobjekt geschaffen, welches seiner Herrschaft unterliegt und mit Bezug auf welches Rechtsgeschäfte und Rechtsverletzungen möglich sind. Seine geistigen Erzeugnisse sind Objekte des Privatrechts, nicht im Sinne des Vermögensrechts[19]). Er wird von der Rechtsordnung sowohl in seinen Vermögens- als in seinen sonstigen Interessen geschützt und es ist ungerechtfertigt, die eine oder die andere Seite lediglich als sekundäre zu bezeichnen.

Sowie der Eigenthümer mit seiner Sache nach Belieben schalten und walten und von ihr jeden Andern ausschließen kann, so hat der Autor zufolge der Herrschaft über sein Werk auch zu bestimmen, ob er es für sich behalten oder durch Publikation Andern zugänglich machen will, und kann Jeden verfolgen, welcher unbefugt über dasselbe zu disponiren sich anmaßt[20]).

S. 12 f., bei v. Holtzendorff S. 1034 f., in Behrend's Zeitschr. VI. 1872. S. 55 ff.; beachtenswerth sind auch die Ausführungen bei Spöndlin, besonders S. 28—36. — Als Vermögensrecht dürfte man das Autorrecht nur bezeichnen, wenn man unter Vermögen den gesammten Umkreis der privatrechtlichen Herrschaft eines Subjekts verstünde. — In diesem Sinne nimmt es übrigens Reuling S. 71, indem er als Vermögensrecht alle diejenigen Privatrechte bezeichnet, welche weder Status- noch Familienrechte sind.

[19]) So Spöndlin S. 15, vgl. auch S. 23: „ein dem Sachenrecht analoges Privatrecht". — Uebrigens liegt dieser Gedanke wohl auch der Theorie vom geistigen Eigenthum zu Grunde, welche ihn nur unrichtig formulirt, denn in mehr oder weniger bestimmter Weise erkennen deren Vertheidiger es an, daß sich das sog. geistige Eigenthum von dem Eigenthum an körperlichen Dingen unterscheide; vgl. oben N. 8 die Aeußerung von Harum.

[20]) Mandry S. 86 wendet gegen diese Ansicht ein, daß ein solches Herrschaftsrecht weit verschieden von dem des Eigenthümers sei. Während beim Eigenthum die negative Verpflichtung Aller eine sekundäre Folge aus der unmittelbaren rechtlichen Beziehung zur Sache sei, bilde die Verpflichtung des gesammten Publikums, die Vervielfältigung und Verbreitung des Erzeugnisses zu unterlassen, den primären Inhalt des Verhältnisses selbst. Aber hat denn etwa der Urheber keine Dispositionsbefugniß über sein Werk? — Und, wenn Mandry S. 95 weiter bemerkt, daß die Gesetze dem Autor nur ganz bestimmte einzelne Befugnisse einräumen, so entgegne ich: „alle", deren Anerkennung seinen Bedürfnissen und Interessen entspricht. Auch das Eigenthum an Immobilien ist keine totale, unbeschränkte Herrschaft über die Sache, sondern durch das objektive Recht mannigfach eingeengt. — Mandry S. 97 will in dem Autorrecht nur die Befugniß des Autors finden, „dritte Personen an

6. Regelmäßig wird ein literarisches oder künstlerisches Werk oder sonstiges Produkt der rechtlich geschützten Urheberthätigkeit zugleich ein Vermögensobjekt sein, und es wird daher der Urheber gegen vermögensrechtliche Beeinträchtigungen geschützt. Aber es kann im konkreten Fall so werthlos sein, daß z. B. kein Verleger für den Erwerb des Verlagsrechts Honorar zahlen würde und daß überhaupt keine Aussicht bestünde, aus dem Betrieb des Werkes Gewinn zu ziehen. Und doch wird der Autor in der Disposition über sein Werk geschützt. Wenn also auch regelmäßig die Verletzung des Autorrechts als eine Schadenszufügung erscheint, so ist sie doch auch dann strafbar, wenn kein Vermögensschaden zugefügt ist: der Nachdrucker wird mit einer Strafe belegt, die unbefugten Vervielfältigungen oder Nachbildungen werden zerstört u. s. w. Ein Autor kann aus den mannigfaltigsten Gründen ein Interesse daran haben, daß sein Werk nicht vervielfältigt und verbreitet werde, und eine Nichtachtung seines Willens, die Verletzung seiner Herrschaft kann ihn möglicherweise in einem solchen Falle empfindlicher berühren, als eine schwere Schädigung seines Vermögens[21]).

Der Schriftsteller (und analog jeder sonstige Urheber) wird gegen Nachdruck nicht bloß geschützt, weil er die ausschließliche Befugniß haben soll, Vortheil durch die Veröffentlichung und Vervielfältigung zu ziehen, sondern weil er Herr seines Werkes ist. Zum Schutz der sämmtlichen Interessen des Autors wird der Nachdruck bestraft; er erscheint als Verletzung fremden Rechts, gleichviel ob er einen vermögensrechtlichen Schaden herbeiführt oder nicht.

---

der Vervielfältigung und Verbreitung seines Erzeugnisses zu hindern". Aber warum hat er diese Befugniß? Weil er und nicht Andere die Herrschaft über das Objekt haben, — ganz ebenso wie der Eigenthümer nicht bloß die Befugniß hat, Andere von der Benutzung seines Grundstücks fern zu halten, sondern wie er die Herrschaft über das Grundstück hat und darum auch Andere abweisen kann.

[21]) Er wollte sein Werk vielleicht gar nicht herausgeben, fürchtete durch dasselbe sich zu kompromittiren, er beabsichtigte es einer neuen Bearbeitung zu unterziehen; er hat vielleicht von einem herausgegebenen Werk alle Exemplare aufgekauft, um es womöglich dem literarischen Verkehr zu entziehen.

Anmerkung.

Je nach der dogmatischen Auffassung stellen die verschiedenen Verfasser die Lehre vom Urheberrecht an sehr verschiedene Orte ihres Systems:

v. Gerber § 219, Reyscher II. § 508, Gengler Privatr. (3. Aufl.) in das Obligationenrecht: „Forderungen aus unerlaubten Handlungen“;

Walter § 123 („Eigenthum an geistigen Erzeugnissen“) und Beseler § 88 („das sg. geistige Eigenthum, Urheberrecht“) in die Lehre vom Eigenthum, obgleich sich beide auf das bestimmteste dahin erklären, daß hier kein Eigenthum vorhanden sei. Während Beseler das Autorrecht und die Verletzung desselben zusammen behandelt, verweist Walter den Nachdruck an einen anderen Ort (§ 324—326) und zwar ganz unpassend zur Lehre „von dem Verlagsvertrage“.

Bluntschli § 46 ff. handelt vom Autorrecht im Personenrecht, hinter den juristischen Personen; H. Ortloff S. 331 hält für die richtigste Stellung die unter den Personenrechten; nehme man den praktischen Standpunkt ein und betrachte es als Vermögensrecht, so sei es „als ein besonderes dingliches Recht“ hinzustellen. — Gareis Vorrede zum Patentgesetz 1877. S. IV, es gehöre in das Personenrecht; in Busch Arch. S. 202, entweder seien die „Individualrechte“ (vgl. oben § 158 N. 1) als eine besondere Kategorie neben den dinglichen und Forderungsrechten oder in der Lehre von den juristischen Qualitäten darzustellen, wie Staatsangehörigkeit, Domizil, Heimathsverhältnisse, Rechtsfähigkeit, Handlungsfähigkeit u. s. w. Dabei wird außer Augen gelassen, daß es sich nicht um die Qualität der Person handelt, nicht um die Rechte, welche Schriftsteller, Fabrikanten u. s. w. als solche haben, sondern um Rechte, welche sie in Folge ihrer Thätigkeit an dem von ihnen geschaffenen Objekt haben; es handelt sich nicht um das Rechtssubjekt, sondern um das Rechtsobjekt. Die letztere von ihm vorgeschlagene Stellung hat Gareis in seinem Grundriß zu Vorlesungen über das deutsche bürgerliche Recht 1877 durchgeführt: I. von den Personen überhaupt, II. Physische Personen, III. Juristische Personen, IV. Individualrechte.

Homeyer S. 225: Da dies Recht eine Beschränkung der gewerblichen Thätigkeit enthalte, schließe es sich den Gewerberechten an. Wächter S. 112 f. es gehöre in das Gewerberecht. Doch sprechen sich beide Verfasser nicht darüber aus, wo das Gewerberecht im System des Privatrechts unterzubringen sei. Auch berücksichtigen sie nicht das Bedenken, daß der Schriftsteller doch nicht bloß als Gewerbetreibender in Betracht kommt.

Lange S. 41 ff. parallelisirt das Autorrecht dem Besitz: bei diesem werde der animus rem sibi habendi auf Grund einer körperlichen Thätigkeit, beim Geistesprodukt die beanspruchte ruhige oder ausschließliche Befugniß auf Grund einer geistigen Thätigkeit geschützt; ebenso wie der Besitz sei das Autorrecht unter die Rechte an der Person zu subsumiren.

Förster II. § 134 stellt das Autorrecht im Obligationenrecht beim Verlagsvertrag dar; dabei kommt es nicht zum Ausdruck, daß es auch unabhängig vom Verlagsvertrag, insbesondere dann, wenn der Autor sein Werk nicht publiciren will, des Schutzes genießt.

Die unserer Ansicht nach richtige systematische Stellung vertheidigt Spyndlin S. 23: „Da es kein Vermögensrecht ist, so muß man ihm im System die Stellung einer neben dem Vermögensrecht stehenden Unterabtheilung des Privatrechts geben. Es ist ein ganz neuer Bestandtheil des Privatrechts, dessen Existenz von der Anerkennung der geistigen Erzeugnisse als Rechtsobjekte ohne Rücksicht auf ihren Geld- d. h. Vermögenswerth, datirt." Damit stimmt auch Reuling S. 96 überein: es seien „die Rechte an immateriellen Arbeitsprodukten neben die Sachenrechte als diesen koordinirter Bestandtheil der systematischen Gliederung" zu stellen. Demgemäß erhält es in unserm System diese Stelle; die Verletzung des Urheberrechts (Nachdruck) wird im Forderungsrecht dargestellt werden.

§ 159. Die Geschichte des Urheberrechts[1]).

1. Von einem Schutz des literarischen Urheberrechts kann erst seit Erfindung der Buchdruckerkunst die Rede sein. Wenngleich die überwiegende Ansicht der Schriftsteller in allen Jahrhunderten dahin ging, daß der Autor und Verleger eines literarischen Werks die Früchte desselben genießen und gegen unbefugten Nachdruck geschützt sein sollten, so fehlte es doch bei der Unthätigkeit der deutschen Gesetzgebung bis in die neueste Zeit hin an einem Rechtssatz, welcher dies aussprach. Weder aus dem römischen Recht noch aus den allgemeinen Prinzipien unsers Rechts vermochte man ein Verbot des Nachdrucks abzuleiten, noch besaß die weit verbreitete Ueberzeugung der Juristen die Kraft, um ein Gewohnheitsrecht dieses Inhalts zu erzeugen. So war der Nachdruck, weil er nicht verboten war, erlaubt und es konnte nur im konkreten Fall durch die Staatsgewalt Abhilfe geschaffen werden, indem dem Verleger oder Autor ein Privileg ertheilt wurde, wonach Jeder, welcher innerhalb einer bestimmten Zeit das Werk ohne Autorisation nachdrucken oder nachgedruckte Exemplare verkaufen würde, einer Strafe unterliegen sollte[2]). Solche

---

[1]) Ueber die Geschichte des Schutzes des literarischen Urheberrechts vgl. Jolly S. 45, Wächter S. 3—60, AR. S. 19 ff., Klostermann S. 35 ff.

[2]) Beispiele von Privilegien bei Wächter S. 7 ff., das älteste bekannte Privileg ist ein Venetianer aus dem J. 1491 (das bei Wächter S. 8 N. 11 mitgetheilte Privileg Venedigs für Johannes de Spira aus dem J. 1469 bezieht sich nicht auf den Nachdruck, sondern ertheilt dem Johannes für die nächsten 5 Jahre die ausschließliche Gewerbeberechtigung als Drucker); das älteste bekannte deutsche Privileg ertheilte das Reichsregiment im J. 1501; sodann kaiserliche Privilegien aus den J. 1510—1514, weiter seit 1521 für Ausgaben der Reichs-

Privilegien wirkten aber nur soweit, als die Macht dessen reichte, welcher sie ertheilte und schützten nicht gegen auswärtigen Nachdruck; den wirksamsten Schutz gab ein Privileg des Kaisers.

Seit dem 16. Jahrhundert ergingen allgemeine Reichs- und Landesgesetze, welche die Strafen für den Nachdruck privilegirter Werke bestimmten und zum Theil auch den Nachdruck nicht privilegirter Werke, aber doch nur von inländischen Verfassern oder Verlegern verboten[3]). Die erste deutsche Gesetzgebung, welche weiter geht, war das preußische Landrecht I. 11. § 1026, 1033—1036, II. 20. § 1294: es verbietet auch den Nachdruck von Werken ausländischer Autoren, welche in einer fremden Sprache schreiben, falls ihr Verleger die Frankfurter oder Leipziger Messe besucht; nur aus dem Gesichtspunkt der Retorsion ist der Nachdruck auswärtigen Verlegern gegenüber gestattet. Der Nachdrucker ist dem rechtmäßigen Verleger zum Schadensersatz verpflichtet, die nachgedruckten Exemplare werden confiscirt; ist dem Buch ein Privileg vorgedruckt, so ist die Strafe desselben verwirkt. — Andere Partikularrechte verboten regelmäßig nur den Nachdruck der im Inlande erschienenen Werke und nur durch Staatsverträge wurde den Buchhändlern und Autoren einzelner anderer Staaten gleichfalls Schutz versprochen. An allgemeinen ganz Deutschland umfassenden Gesetzen fehlte es gänzlich.

Auf die Beschwerden, welche die deutschen Buchhändler dem

---

gesetze, 1527 ein kaiserliches Privileg für Trach's Ausgabe der Reichsgesetze (auch in d. Samml. der Reichsabschiede I. Einl. S. 48 N. a), 1532 für den Druck der Carolina u. s. w.

Ueber den Streit, welchen Conradus Lagus mit dem Frankfurter Buchhändler Egenolf hatte, der eine Schrift des Lagus ohne dessen Genehmigung herausgegeben hatte, vgl. Muther zur Gesch. der d. Rechtswissenschaft 1876. S. 335—348. — Ueber eine Nachdrucksangelegenheit v. J. 1575, in welche Giphanius und der Buchhändler Ribel verwickelt waren, finden sich mehrere Briefe in der Rhediger'schen Briefsammlung auf dem Breslauer Stadtarchiv volum. IX. no. 26—28, 68—70. — Ueber drei Nachdrucksprozesse des 16. Jahrh. vgl. Wigand Wetzlarische Beiträge I. S. 227—241.

[3]) Anführungen bei Wächter S. 11 f., Klostermann I. S. 42 f., 46. Noch älter ist das Basler Gesetz v. 1531 (Rechtsquellen von Basel I. no. 254), wonach kein Basler Drucker ein von einem andern Basler herausgegebenes Werk bei Strafe von 100 rheinischen Gulden binnen 3 Jahren nach dem Erscheinen nachdrucken soll. — Vgl. auch eine Nürnb. VO. v. 1673 bei Siebenkees Beyträge zum teutschen Recht I. 1786. S. 222—224.

Wiener Congreß bei Constituirung des deutschen Bundes vortrugen, wurde in den Artikel 18 der Bundesakte die Zusage aufgenommen, daß sich „die Bundesversammlung bei ihrer ersten Zusammenkunft mit Abfassung gleichmäßiger Verfügungen über die Preßfreiheit und Sicherstellung der Rechte der Schriftsteller und Verleger gegen den Nachdruck beschäftigen" werde. Der 17 Jahre später am 6. Sept. 1832 gefaßte Beschluß der Bundesversammlung beschränkte sich auf die Bestimmung, „daß die Herausgeber, Verleger und Schriftsteller eines Bundesstaats sich in jedem andern Bundesstaat des dort gesetzlich bestehenden Schutzes gegen den Nachdruck zu erfreuen haben werden."

In Preußen erging am 11. Juni 1837 ein ausführliches Gesetz (38 Paragraphen), welches genauer bestimmte, welche literarische Produkte geschützt seien, und die Schutzfrist auf die Lebenszeit des Autors und 30 Jahre nach seinem Tode und für anonyme und pseudonyme Werke auf 15 Jahre nach ihrem Erscheinen erstreckte. Der unter theilweiser Benutzung dieses Preußischen Gesetzes verfaßte Bundesbeschluß vom 9. Novb. 1837 bestimmte, daß der Schutz überall mindestens 10 Jahre nach der Herausgabe des Werks bestehen sollte. Erst der Beschluß vom 19. Juni 1845 schloß sich in Betreff der Zeitdauer den Preußischen Bestimmungen an. Ein weiterer Beschluß vom 6. Novb. 1856 dehnte die Schutzfrist für die Werke der vor dem Bundesbeschluß vom 9. Novb. 1837 verstorbenen Autoren, sofern sie zur Zeit noch im Umfange des ganzen Bundesgebietes durch Gesetze oder Privilegien gegen Nachdruck geschützt sind (Göthe, Schiller, Jean Paul, Wieland und Herder), bis zum 9. Novb. 1867 aus.

Die genauere Ausführung der Bundesgesetze war den Partikularstaaten überlassen; von den zahlreichen in der Folge erlassenen Landesgesetzen[4]) ist besonders das Baierische vom 28. Juni 1865 hervorzuheben. Eine detaillirtere Gesetzgebung des deutschen Bundes wurde durch dessen Auflösung im Jahre 1866 vereitelt.

Nach Art. 4. no. 6 der norddeutschen Bundesverfassung unterliegt „der Schutz des geistigen Eigenthums" der Beaufsichtigung und Gesetzgebung des norddeutschen Bundes. Nach reiflichen Vorbereitungen und Berathungen erließ derselbe am 11. Juni 1870 das Gesetz „betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen,

---

[4]) Eine Uebersicht geben Wächter S. 39 ff., Klostermann S. 86 ff.

musikalischen Compositionen und dramatischen Werken" mit Gesetzeskraft vom 1. Januar 1871 ab. Dasselbe gilt jetzt innerhalb des ganzen deutschen Reichs[5]). § 62 ertheilt den gleichen Schutz auch den Werken ausländischer Autoren, welche außerhalb des norddeutschen Bundes in einem Ort erschienen sind, welcher zu dem ehemaligen deutschen Bunde gehörte, unter der Voraussetzung, daß der betreffende Staat den innerhalb des norddeutschen Bundes erschienenen Werken den gleichen Schutz gewährt. Daher kommen die Bestimmungen des Reichsgesetzes auch den in den österreichischen Staaten erschienenen Werken zu gute.

Während die Bundesbeschlüsse nur wenige allgemeine Normen enthielten, welche durch die Partikulargesetzgebung auszuführen waren, hat das neue Reichsgesetz, welches sich besonders an das Preußische Gesetz von 1837 anschließt, detaillirtere Bestimmungen und entscheidet zahlreiche, früher zweifelhafte Fragen. Es hebt alle früheren in den einzelnen Staaten über das Urheberrecht geltenden Bestimmungen auf (§ 57) und soll auch auf die früher erschienenen Werke Anwendung finden, selbst wenn sie vorher keinen Schutz genossen (§ 58 Abs. 1). Doch dürfen die vorhandenen Exemplare, deren Herstellung nach der bisherigen Gesetzgebung gestattet war, noch weiter verbreitet und die vorhandenen Formen, Platten, Steine, Stereotypabgüsse u. s. w. zur Anfertigung von Exemplaren benützt und die begonnenen bisher gestatteten Vervielfältigungen noch vollendet werden, auch wenn sie nach neuerem Recht unzulässig sind (§ 58 Abs. 2—4[5a]).

Da dem Nachdruck nur dann wirksam begegnet werden kann, wenn die in einem Lande erschienenen Werke auch nicht im Auslande nachgedruckt (oder übersetzt) werden dürfen, so haben einzelne deutsche Staaten[6]) und schließlich auch das deutsche Reich[7]) mit außerdeutschen

[5]) Durch die Versailler Verträge wurde es in Baden, Hessen und Würtemberg (Reichsges. Bl. 1870 S. 653, 657 vgl. mit der Verf. Urk. des deutschen Bundes Art. 80 S. 647), durch Reichsgesetz v. 22. Apr. 1871 § 11 in Baiern und durch Reichsgesetz v. 27. Jan. 1873 in Elsaß-Lothringen eingeführt.

[5a]) Ueber die Anwendung des Reichsgesetzes auf die früher erschienenen Werke vgl. Reuling S. 92 ff., 105 ff.

[6]) Z. B. Preußen mit England am 13. Mai 1846, mit Frankreich am 2. Aug. 1862, mit Belgien am 28. März 1863.

[7]) Vertrag zwischen dem norddeutschen Bunde und Italien v. 12. Mai

Staaten internationale Verträge (sg. Literarconventionen) geschlossen[8]). Dieselben beruhen auf dem Princip der Reciprocität und gewähren den Unterthanen des fremden Staats denselben Schutz wie den Einheimischen, mit der Modifikation, daß die fremden Werke nicht längere Zeit geschützt sind, als nach ihrem eigenen Recht[9]). Regelmäßig wird der Schutz im Auslande davon abhängig gemacht, daß das betreffende Werk dort in bestimmte, staatlich geführte Register eingetragen wird[10]).

2. Viel später als den Autor von Schriftwerken hat man auch den Künstler gegen Beeinträchtigungen durch Copien und sonstige Vervielfältigungen seines Werkes sicher zu stellen unternommen[11]). Auch hier suchte man zunächst durch Privilegien zu helfen.

Das Preußische Landrecht enthielt nur die Bestimmung (II. 8. § 405, 406), daß die von einem bei der Berliner Akademie der Künste aufgenommenen und eingeschriebenen Künstler selbst erfundenen, von der Akademie anerkannten Kunstwerke bei einer Strafe von 50 Thalern ohne seine Genehmigung nicht nachgeahmt und zu seinem Nachtheil verkauft werden sollen. Erst das Preußische Gesetz vom 11. Juni 1837 verbot die ungenehmigte Vervielfältigung von Zeichnungen oder Gemälden durch Kupferstich, Stahlstich, Holzschnitt, Lithographie, Farbendruck, Uebertragung u. s. w. und von Skulp-

---

1869, zwischen dem norddeutschen Bunde und der Schweiz v. 13. Mai 1869 (B. Ges. Bl. S. 293—303, 624—631).

[8]) Vgl. im allgemeinen Wächter S. 742 ff., Klostermann S. 58 ff., 82 ff., Heydemann der internationale Schutz des Autorrechts (in den „Festgaben für A. W. Heffter") Berlin 1873. S. 173—194 (mit Bezug auf Schriftwerke und Compositionen). — Die wichtigsten Literar-Conventionen sind auch in Endemann's Commentar S. 106—143 abgedruckt.

[9]) Z. B. Art. 1 des Preuß.-Franz. Vertrages, Art. 1 Abs. 2 des Deutsch-Ital. Vertrages. — Da in Preußen der Schutz 30 Jahre nach dem Tode, in Frankreich 50 Jahre nach dem Tode währt, so ist das Werk eines Preußen in Frankreich nur 30 Jahre nach seinem Tode und eben so lange das Werk eines Franzosen in Deutschland geschützt.

[10]) Diese Förmlichkeiten sind fallen gelassen in der Convention mit der Schweiz Art. 3.

[11]) Ueber die Geschichte der deutschen Gesetzgebung Wächter UR. S. 4 bis 22. — Beeinträchtigungen der Künstler kamen schon sehr früh vor, z. B. Copien der Dürer'schen Holzschnitte.

turen aller Art durch Abgüsse, Abformungen u. s. w., gleichviel ob in derselben oder in einer andern Größe, unverändert oder mit Abweichungen, so lange die Nachbildung nicht selbst als ein eigenthümliches Kunstwerk erscheint (§ 21—23); erlaubt ist die Darstellung eines Werks der Malerei oder zeichnenden Künste mittelst der plastischen Kunst oder umgekehrt[12]). Doch sollte der Künstler, welcher von seinem Vervielfältigungsrecht Gebrauch machen und gegen Eingriffe geschützt sein will, beim Curatorium der Künste Anzeige thun und auch dann nur 10 Jahre geschützt sein; durch Veräußerung des Kunstwerks, ohne daß mit der Vervielfältigung der Anfang und ohne daß ein besonderer Vorbehalt gemacht ist, geht das ausschließliche Recht verloren (§ 26—29).

Der Bundesbeschluß vom 9. Nov. 1837 erklärte Art. 1 ohne Specialbestimmungen, daß auch „Werke der Kunst, sie mögen bereits veröffentlicht sein oder nicht", gegen mechanische Vervielfältigungen von dritter Seite geschützt sein sollen, und der Beschluß vom 19. Juni 1845 bestimmte als Schutzfrist die Lebenszeit des Autors und 30 Jahre nach seinem Tode.

Da es somit an eingehenderen Vorschriften fehlte, um die zahlreichen Zweifel auf diesem Gebiet zu beseitigen, verlangte man gemeinrechtliche Vorschriften von der Gesetzgebung des norddeutschen Bundes. Solche waren bereits in dem Entwurf des Gesetzes von 1870 enthalten; doch wurden sie bei seiner Berathung im Reichstage ausgeschieden und einem besondern Gesetz vorbehalten, bei welchem zugleich auf die Bedürfnisse der Kunstindustrie und auf den Schutz der Photographie Rücksicht genommen werden sollte. Diesem Verlangen ist später entsprochen und es sind im Jahre 1876 von Seiten des Reichs drei Gesetze erlassen, vom 9. Jan. betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste, vom 10. Jan. betreffend den Schutz der Photographie gegen unbefugte Nachbildung, vom 11. Jan. betreffend das Urheberrecht an Mustern und Modellen.

Besonders zweifelhaft war es, ob man photographische Aufnahmen zu den Werken der Kunst oder der Technik zu rechnen habe. Zählte man sie zu den letzteren, so waren sie jeden Schutzes bar[13]),

[12]) Vgl. auch Preuß. Gesetz v. 20. Febr. 1854. § 1.

[13]) Klostermann S. 188 ff.

andererseits erschien es aber wünschenswerth, ihnen einen wenn auch beschränkteren Schutz zu ertheilen[14]). Bisher hatte das nur das Baierische Gesetz von 1865 Art. 28 gethan, falls sie im konkreten Fall als Werke der Kunst zu betrachten seien. Darauf wurde von Reichswegen das Urheberrecht an Photographien durch das Gesetz vom 10. Jan. 1876 geregelt.

Für gewerbliche Muster und Modelle war in Frankreich und England ein Schutz mit Bezug auf einzelne Industriezweige, besonders Gewebe seit dem Jahre 1787 eingeführt und immer weiter ausgedehnt worden[15]). Auch in Deutschland forderte man seit den vierziger Jahren dieses Jahrhunderts, daß derjenige, welcher das Geschick besitzt, durch seine Waren und Fabrikate dem Geschmack und den Bedürfnissen der Gesellschaft entgegenzukommen, gegen Nachahmung geschützt werde. Nach dem Vorgange von Oestreich (Gesetz vom 7. Dezember 1858)[16]) ist dies Verlangen durch das Reichsgesetz vom 11. Jan. 1876 befriedigt worden.

3. Gleichmäßige Grundsätze gelten jetzt auch für Erfindungen[17]). Während in England, wo einzelne Erfindungspatente schon im 16. Jahrhundert ertheilt worden waren[18]), nach einem Statut von 1623 der Erfinder durch ein Privileg, ein Patent in der ausschließlichen Ausbeutung seiner Erfindung eine bestimmte Zeit hindurch gesichert werden konnte[19]), haben auf dem Kontinent seine Interessen erst seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts, in Preußen seit dem Jahre 1815 durch die Gesetzgebung Berücksichtigung gefunden. Die Zollvereinsstaaten setzten in einer Uebereinkunft vom 21. Sept. 1842 fest, „daß in jedem Vereinsstaate die Unterthanen der übrigen Vereinsstaaten sowohl in Betreff der Verleihung von Patenten, als auch

---

[14]) Dafür besonders die Schrift von Neumann S. 124 ff.

[15]) Klostermann S. 63—67, 206 ff., UR. S. 85 ff., P. S. 380 ff.

[16]) Vgl. über dasselbe Klostermann S. 423 ff. — Ueber die Geschichte des Musterschutzes in Deutschland Klostermann UR. S. 90 ff., P. S. 383 ff., über die Geschichte und Rechtsgrundsätze in anderen Ländern Klostermann P. S. 401 ff. Vgl. auch J. Landgraf Musterrecht und Musterschutz. Eine historisch-dogmatische Studie. Leipzig 1875, in geschichtlicher Beziehung S. 5—76.

[17]) Ueber die Geschichte Klostermann S. 44 ff., 68 ff., P. S. 101 ff., 232 ff., 265 ff., Commentar S. 1—111, Gareis Patentgesetz S. 2 ff.

[18]) Klostermann P. S. 269 ff.

[19]) Klostermann P. S. 272 ff.

hinsichtlich des Schutzes für die durch die Patentertheilung begründeten Befugnisse den eigenen Unterthanen gleich behandelt werden sollen[20])." Dagegen fehlte es an materiell gemeinsamen Grundsätzen für die verschiedenen Staaten und einige besaßen gar keinen Patentschutz[21]).

Die Verfassungsurkunde des norddeutschen Bundes Art. 4 no. 5 bezeichnet auch die „Erfindungspatente" als Gegenstand der Reichsgesetzgebung.. Nachdem über die Frage, ob der Patentschutz heilsam sei oder nicht, die Stimmen in den betheiligten Kreisen lange geschwankt hatten, der Reichstag aber sie bejaht hatte (Beschluß vom 10. Mai 1872), ist das deutsche Patentgesetz vom 25. Mai 1877 erlassen worden[22]).

§ 160. Der Umfang des Urheberrechts.

I. 1. Das Reichsgesetz vom 11. Juni 1870 erkennt das Urheberrecht an Schriftwerken an. § 1: „Das Recht ein Schriftwerk auf mechanischem Wege zu vervielfältigen, steht dem Urheber desselben ausschließlich zu;" der Urheber hat das ausschließliche Dispositionsrecht über sein Werk. Das Urheberrecht bezieht sich auf das Werk, nicht auf die in demselben enthaltenen Gedanken. Wer die in dem veröffentlichten Werk enthaltenen Gedanken verbreitet, handelt nicht gegen, sondern gemäß dem Willen des Verfassers, welcher die weiteste Verbreitung seiner geistigen Intentionen wünscht und nichts dagegen haben darf, daß auf ihnen das geistige Leben weiter baut. Wer den vom Andern nicht veröffentlichten Gedanken oder den geistigen Inhalt des nicht veröffentlichten Werks eines Andern als dem Andern gehörig veröffentlicht, begeht unter Umständen eine Indiskretion, aber keinen Nachdruck. Wer aber den Gedanken eines Andern, gleichviel ob es sich um ein veröffentlichtes oder nicht veröffentlichtes Werk handelt, für den seinigen ausgiebt, begeht ein Plagiat[1]).

---

[20]) Eine dogmatische Erörterung des Inhalts der Konvention bei Thöl Handelsr. § 208.

[21]) Mecklenburg und die drei Hansestädte, Klostermann P. S. 261.

[22]) In Oesterreich gilt das Privilegiengesetz vom 15. Aug. 1852.

[1]) Bluntschli Privatrecht § 27. 2, Gareis in Busch Arch. XXXV. S. 204. N. 28, Entsch. des ROH.Ger. XVI. S. 239.

Das Urheberrecht bezieht sich vielmehr auf ein Werk, auf den in bestimmte Form gebrachten geistigen Gehalt. Es entsteht erst dadurch, daß die Gedanken in einer Form zum Ausdruck gebracht sind, daß die innerliche, geistige Arbeit des Verfassers objektivirt ist, daß das Werk durch die Schrift fixirt ist[2]). Die Formgebung verschafft ihm ein Recht an seinem Werk. Er hat das Recht ebensowohl an seinen herausgegebenen Werken, als an den noch nicht veröffentlichten Manuskripten[3]). Ob der Autor für die literarische Publikation arbeiten und von seinem Werk einen pekuniären Vortheil ziehen will oder nicht, ja ob seine Schrift überhaupt geeignet ist, um vermögensrechtlich verwerthet zu werden, ist vollkommen gleichgültig[4]). Ebenso ist es indifferent, wie groß die geistige Arbeit

---

[2]) Das gleiche dürfte man erfordern, wenn das Werk geschaffen, aber noch nicht durch die Schrift fixirt ist. Wer einem Andern ein Gedicht (vielleicht mehrmals) privatim mit der Wirkung recitirt hat, daß dieser es im Gedächtniß festhält, muß gegen Herausgabe des Gedichts durch den Andern gesichert sein. An einer Bestimmung im Gesetz fehlt es, da ein solches Recitiren nicht ein „zum Zweck der Unterhaltung gehaltener Vortrag" sein wird (Ges. § 4b). Freilich liegt kein besonderes praktisches Interesse für eine solche Bestimmung vor.

[3]) Ges. § 5: „Als Nachdruck ist auch anzusehen: a) der ohne Genehmigung des Urhebers erfolgte Abdruck von noch nicht veröffentlichten Schriftwerken (Manuskripten)".

[4]) Nach ältern Partikularrechten werden zum Theil nur solche Schriftwerke geschützt, welche zum Gelderwerb bestimmt sind oder benützt werden können. Das Reichsgesetz kennt nicht diese dem Wesen des Autorrechts fremde Beschränkung, vgl. auch Entsch. des ROH.Ger. XVI. S. 227 f., XXV. S. 79 ff.

Nach Klostermann S. 152 soll das Autorrecht abhängig sein vom Vorhandensein eines vermögensrechtlichen Interesses. Also Werke, aus deren Publikation nie ein Gewinn gezogen werden kann, sind nicht geschützt und dürfen gegen den Willen des Verfassers gedruckt werden?

Unbegreiflich ist Klostermann's Ansicht (S. 150, A. S. 12 f., UR. S. 40 ff.), wonach zum Begriff des Schriftwerks auch gehören soll, „daß es entweder auf Veranlassung des Autors oder unbefugt von einem Dritten mechanisch vervielfältigt, also zum Gegenstande eines Verlages gemacht wird." Also zum Schriftwerk wird es erst durch den Druck? Und das soll § 1 des Reichsgesetzes sagen? Vgl. dagegen auch Dambach in Behrend's Ztschr. VI. S. 58 ff. — Weiter sagt Klostermann A. S. 13: „Es kann bei einem Werke, welches weder von dem Urheber veröffentlicht, noch von einem Dritten vervielfältigt wird, von einem wirklich existirenden Vervielfältigungsrecht nicht die Rede sein." Analog könnte man dann behaupten, der Eigenthümer, welcher seine Sache noch nicht verkauft hat, habe kein Recht, sie zu verkaufen. — UR. S. 43:

des Verfassers ist, ob er frei schöpferisch oder mehr mechanisch gearbeitet hat, welchen Werth das Werk für das geistige Leben des Volkes hat und haben kann u. s. w. Auch Logarithmentafeln, Coursbücher, Wohnungsanzeiger sind Schriftwerke im Sinne des Reichsgesetzes[5]).

„Nur diejenigen Schriften sind Schriftwerke, welche thatsächlich zum Gegenstande einer vermögensrechtlichen Nutzung gemacht werden. Die Frage, ob eine Schrift Gegenstand des Urheberrechts sei, kann nicht eher (!!) aufgeworfen werden, bis das Werk vervielfältigt oder wenigstens durch ein Rechtsgeschäft zur Vervielfältigung bestimmt ist." (!!!) Also wer über seinen fertigen Roman keinen Verlagskontrakt abgeschlossen hat, ist nicht Urheber, hat kein Schriftwerk erzeugt; dazu wird er nicht durch seine Arbeit, sondern in Folge des Drucks oder Verlagskontrakts! — Solche widersinnige Sätze sind die Folge der Annahme, daß das Urheberrecht ein Vermögensrecht sei; sie ergeben sich aber auch nicht einmal, mit Nothwendigkeit aus diesem Prinzip.

Endemann Commentar S. 5 no. 5 giebt es zu, daß es nach dem Reichsgesetz gleichgültig ist, ob der Autor in der Publikationsabsicht gearbeitet hat oder nicht, billigt aber diesen Standpunkt nicht (vgl. dagegen Wächter AR. S. 46. f., der aber auch S. 3 f., 6 die vermögensrechtliche Bedeutung des Werks ganz besonders betont). In der That besteht an jedem Schriftwerk ein solches von Endemann als verwerflich bezeichnetes jus dormiens. — Endemann würde es für das richtige halten, daß die Erben nicht in das Autorrecht succedirten, wenn der Erblasser selbst nicht die Absicht der Vervielfältigung hatte.

Wächter S. 114—116, 157 (vgl. auch Jolly S. 115) verlangt, daß das Werk für den literarischen Verkehr geeignet sein müsse; dagegen polemisirt Klostermann S. 150, aber mit unzureichenden Gründen. Mit Recht entgegnet Spöndlin S. 59 f., daß dann der Richter darüber zu urtheilen hätte, ob das betreffende Manuskript, welches ein Anderer unbefugt abgedruckt hat, für den literarischen Verkehr geeignet sei oder nicht. — Und wenn nun Jemand ein für den literarischen Verkehr ungeeignetes Werk thatsächlich doch abdrucken läßt!

[5]) Wächter S. 180, AR. S. 91 (vgl. auch Jolly S. 143) behauptet, daß ein Werk, dessen Vervielfältigung verboten oder contra bonos mores sein würde, nicht geschützt sei. M. E. mit Unrecht, vgl. auch Mandry S. 147 f., Spöndlin S. 53. Zunächst ist jedes Schriftwerk gegen Nachdruck geschützt. Ob ein Werk contra bonos mores oder sonst gesetzwidrig ist, ergiebt sich erst aus dem Urtheil des Richters und bis ein solches ergangen ist, besteht das Urheberrecht und hat der Autor das ausschließliche Vervielfältigungsrecht. Hat aber der Richter das Buch verboten, so genießt sein Autor keines weiteren Schutzes, da es überhaupt nicht verbreitet werden soll. Wird es nun nachgedruckt, so kann der Autor keine Bestrafung beantragen oder Entschädigung fordern, aber der Staat verfolgt den Nachdruck als eigenes Delikt, StrafGB. § 184, Reichspreßgesetz v. 1874 § 20.

2. Das Autorrecht steht nur dem Urheber oder demjenigen zu, auf welchen das Recht des Urhebers durch Vertrag, Erbrecht oder Verfügung von Todeswegen übergegangen ist (§ 3).

Hat ein Werk mehrere Verfasser in der Art, daß nicht die Einzelnen einzelne Theile, sondern daß sie es zusammen in ungetheilter Weise als Miturheber verfaßt haben, so besteht ein der gesammten Hand analoges Verhältniß. Die Disposition gebührt ihnen gemeinschaftlich; zur Publikation, zur Veranstaltung einer öffentlichen Aufführung ist die Genehmigung der mehreren Urheber erforderlich[6]), keiner kann den Andern zur Publikation nöthigen u. s. w. Eine Veröffentlichung von Seiten des Einen ohne Genehmigung des Andern würde Nachdruck sein. Der Einzelne kann nicht auf Theilung des Werks, sondern nur der vermögensrechtlichen Nutzungen dringen und die ihm zustehenden Vermögensrechte an einen Andern veräußern[7]).

3. Das Urheberrecht hat der Urheber des Schriftwerks, nicht ohne weiteres der Eigenthümer oder rechtmäßige Besitzer des Manuskripts[8]). Wer Briefe von einem Andern empfängt, wird ihr Eigenthümer, aber das Urheberrecht bleibt beim Schreiber des Briefs. Der

---

[6]) Dies bestimmt auch § 51. — Anders Oesterr. G. v. 19. Oktob. 1846. § 8 letzter Satz: „Aus mehreren gemeinschaftlichen Verfassern eines dramatischen Werkes wird im Zweifel Jeder für berechtigt gehalten, die Aufführung zu gestatten."

[7]) Bluntschli § 49. no. 3, Jolly S. 195 f. („solidarisches Recht"), Harum S. 134 ff., Dambach S. 103, 115 (er bedient sich des in den Motiven gebrauchten Ausdrucks „Kollektiv-Person"). — Anders Wächter S. 207, AR. S. 92 f.: Jeder habe eine Quote des Autorrechts und zwar in dubio nach Kopftheilen und könne über seine Quote frei verfügen, soweit dies möglich sei ohne in den Rechtskreis des Andern einzugreifen; ebenso Klostermann UR. S. 110 ff. Letzterer behauptet auch, daß bei Streitigkeiten über die Verwerthung des Werks für gemeinschaftliche Rechnung jeder Miturheber den Zwangsverkauf des Urheberrechts im Wege der Theilungsklage verlangen dürfe, S. 114. Wir halten das für unmöglich und nehmen an, daß es dann zu keiner Disposition kommt, — ebenso wie von einer Handelsgesellschaft oder von dem Ehegatten ein Rechtsgeschäft nicht abgeschlossen werden kann, wenn ein Socius oder der eine Ehegatte die Zustimmung verweigert. — Wer ein Miturheberschaftsverhältniß eingeht, muß die Folgen einer so unbegrenzten Gemeinschaftlichkeit auf sich nehmen.

[8]) § 5a: „Auch der rechtmäßige Besitzer eines Manuskriptes oder einer Abschrift desselben bedarf der Genehmigung des Urhebers zum Abdruck."

Adressat darf weder die Briefe publiciren, noch kann er, wenn er sie herausgab, Andern gegenüber ein ausschließliches Vervielfältigungsrecht für sich in Anspruch nehmen[9]). Demgemäß hat auch der Besitzer oder Entdecker eines alten Manuskripts nicht das ausschließliche Vervielfältigungsrecht und erlangt es auch nicht durch Herausgabe des Textes, selbst wenn er denselben nicht einfach abdrucken läßt, sondern zur Herausgabe, insbesondere zur Entzifferung geistige Kraft und Arbeit aufgewendet hat[10]); nur soweit es sich um Einleitungen,

---

[9]) Bluntschli § 49. no. 8, Wächter S. 238—240, 609 N. 21, AR. S. 63 ff., 125 f., Klostermann S. 322 ff., 328 f., Harum S. 94 ff., Mandry S. 153 ff., C. W. Hoffmann über das Urheberrecht an Briefen 1874; a. A. war Jolly S. 121 ff. — Vgl. auch Kuntze in Holzschuher's Theorie und Casuistik II. 3. Aufl. S. 204 f., 218 f. — Eine andere, nicht hierher gehörige Frage ist, in wie weit der Adressat an ihn gerichtete Briefe zu seiner Rechtfertigung publiciren darf, resp. in wie weit darin eine Beleidigung des Autors enthalten sein kann, Klostermann S. 322 N. 2, Hoffmann S. 58 ff.

[10]) So hatten auch die sächsischen Gerichte mit Bezug auf einen Nachdruck der ersten Ausgabe des Gajus entschieden, Langenn und Kori II. S. 234 ff. — Anders wäre nach dem Bundesbeschluß vom 19. Juni 1845 zu entscheiden gewesen, wonach für Werke, welche nach dem Tode des Verfassers herausgegeben werden, der Schutz „während 30 Jahren von dem Jahre ihres Erscheinens an" währen soll. — Das Baierische Ges. v. 1865 art. 11 schützt ebenso wie den Autor auch den „Herausgeber bisher nicht gedruckter Schriften, deren Urheber bereits gestorben ist und die an sich gegen Nachdruck nicht geschützt sind. Von derartigen Schriften ist jedoch Dritten ein freierer Gebrauch als bei andern durch dieses Gesetz geschützten Werken gestattet, soweit dasselbe durch das Bedürfniß oder die Sitte des literarischen Verkehrs gerechtfertigt ist, so namentlich z. B. das wörtliche Abdrucken zusammen mit einem Commentar oder als Belag der vorgetragenen eigenen Ansichten." Auch soll nach art. 18 dieser Schutz nur 15 Jahre nach der ersten Herausgabe gelten. Vgl. darüber Mandry S. 221 ff.

Das Reichsgesetz macht keine Ausnahme zu Gunsten der Inedita; ich bezweifle, daß man darin Recht gethan hat; vgl. auch de lege ferenda Harum S. 78, Wächter S. 128 N. 27, S. 242 f. (vgl. mit S. 127 f., 219 N. 1), Dahn S. 11. — Die Entzifferung einer alten Handschrift kann einen so großen Aufwand von wissenschaftlicher Arbeit und Gelehrsamkeit erfordern, daß Autor und Verleger gegen einen billigeren Nachdruck geschützt sein sollten. Die geistige Operation der Entzifferer des Gajus ist doch sicher höher zu veranschlagen, als die Arbeit der meisten Uebersetzer und doch sind die letzteren als Autoren geschützt.

Andererseits ist daran nicht zu zweifeln, daß wenn man den ersten Her-

Erklärungen u. s. w. handelt, ist auch dem Herausgeber ein Autorrecht zuzuschreiben. Auch kann der Eigenthümer eines Manuskripts, welchem an demselben nicht das Autorrecht zusteht, den Abdruck durch einen Andern nicht als Nachdruck verfolgen. Verleiht er (z. B. eine Bibliothek, ein Archiv) sein Manuskript, und nimmt dabei nicht vertragsmäßig die Veröffentlichung desselben aus, so kann er später gegen den Abdruck durch den Entleiher nichts einwenden.

4. Als Urheber erscheint nicht bloß, wer das gesammte Werk seinem Inhalt nach geschaffen hat, sondern auch

a) „der Herausgeber eines aus Beiträgen Mehrerer bestehenden Werkes, wenn dieses ein einheitliches Ganzes bildet", § 2 Abs. 1[11]);

b) wer eine Sammlung fremder Geistesprodukte nach einem eigenen Plan unternimmt, so von Sprüchwörtern, Sagen, Märchen, Liedern, Gedichten, Inschriften, alten Flugschriften u. s. w.[12]). Er ist nicht bloß Herausgeber, sondern mit Bezug auf seine Arbeit (Sammlung und Anordnung) auch Autor[13]);

c) wer ein fremdes Werk bearbeitet hat, so der Uebersetzer (§ 6 letzter Absatz, § 50 dritter Absatz). Er hat aber das Autorrecht nur für seine Uebersetzung und kann, wenn er sich nicht durch einen besondern Vertrag mit dem Autor oder Verleger gesichert hat, nicht andere Uebersetzungen desselben Werks verhindern[14]). Ferner derjenige, welcher ein fremdes Werk in einer neuen Textgestaltung, mit Noten u. s. w. herausgiebt, soweit als seine eigene Arbeit geht[15]).

---

ausgeber dem Autor gleichstellen wollte, es doch jedem Andern gestattet sein müßte, das Werk aus derselben Handschrift neu herauszugeben. Aber den Nachdruck der Ausgabe hätte man verbieten sollen.

[11]) Wächter S. 203 ff.

[12]) Vgl. auch Entsch. des ROH.Ger. XVI. S. 228 f. — Daher sind auch Chrestomathien, Lesebücher, Gesangbücher, Gebetbücher, Kochbücher u. s. w. geschützt.

[13]) Fraglos können einzelne Stücke daraus einem andern Werk einverleibt werden. Aber einen Nachdruck begeht, wer einfach die Sammlung wieder abdruckt, Dambach S. 17 ff., Klostermann S. 134 f. Nicht so weit geht Wächter S. 197 N. 32, vgl. aber auch S. 130 ff., 538.

[14]) Wächter S. 566 f.

[15]) Wächter S. 126 ff., 196 f. — In wie weit der einfache Wiederabdruck der neuen Textesrecensionen (ohne die Noten) als Nachdruck anzusehen sei, ist eine Frage des konkreten Falls. — Meines Erachtens ist Klostermann's S. 135 f.

5. Für gewisse Schriftwerke genießt der Autor keinen Schutz; nicht als Nachdruck gilt:

a) „der Abdruck einzelner Artikel aus Zeitschriften und andern öffentlichen Blättern mit Ausnahme von novellistischen Erzeugnissen und wissenschaftlichen Ausarbeitungen, sowie von sonstigen größeren Mittheilungen, sofern an der Spitze der letzteren der Abdruck untersagt ist" (§ 7. b). Das Motiv für diese Ausnahme ist, daß politische Blätter (— denn um diese handelt es sich wesentlich —) unmöglich nur aus Originalartikeln bestehen können und daß der spätere Abdruck einzelner Artikel aus einer Zeitung deren Absatz erfahrungsmäßig nicht beeinträchtigt[16]).

Dasselbe ist auch für in Zeitungen abgedruckte Telegramme anzunehmen, deren das Gesetz nicht besonders gedenkt[17]); überdies sind sie auch nicht Erzeugnisse einer Autorthätigkeit[18]).

b) „Der Abdruck von Gesetzbüchern, Gesetzen, amtlichen Erlassen, öffentlichen Aktenstücken und Verhandlungen aller Art"

Ansicht ungerechtfertigt, daß Mommsens Pandektenausgabe oder Tischendorf's Bibelrecension ohne Beigaben und kritischen Apparat nachgedruckt werden dürften. Ebenso behaupten auch Mandry S. 225 f. und Dambach S. 21 f., es sei zulässig, den berichtigten Text eines an sich nicht mehr gegen Nachdruck geschützten Werkes wieder abzudrucken. — Gegen diese Ansicht, welche auch das Berliner Stadtgericht im Jahre 1841 in einem Erkenntniß betreffend Lachmann's Ausgabe von Lessing aussprach, vgl. Karl Lachmann Ausgaben klassischer Werke darf jeder nachdrucken. Berlin 1841. Er hebt mit Recht hervor, daß auch „die Arbeit des Kritikers, der seine Pflicht thut", „eine schöpferische Thätigkeit ist". In demselben Sinne auch Harum S. 76 f.

[16]) Vgl. überhaupt Wächter S. 155—157, 538—542, Klostermann S. 155 ff. — Das Baier. Gesetz art. 9, nach welchem der Wiederabdruck einzelner Artikel durch eine Bemerkung in der Zeitschrift verboten werden kann, sagt ausdrücklich: „bei Artikeln politischen Inhalts ist jedoch eine solche Untersagung nicht zulässig".

Nach dem Wortlaut des Gesetzes würde nur der Wiederabdruck einer ganzen Zeitung verboten, dagegen es gestattet sein, alle Leitartikel einer Zeitung über den orientalischen Krieg als besondere Schrift herauszugeben und Dambach S. 90 vertritt auch diese Ansicht. — Aber wollte man nicht vielmehr bestimmen, daß die Herübernahme einzelner Artikel aus einer in die andere Zeitung zulässig sei?

[17]) Jolly S. 111 ff., Harum S. 81 f., Wächter S. 177 ff., 542 ff., Klostermann S. 157.

[18]) Dambach S. 91.

(§ 7.c)[19]; der Staat, die Behörden u. s. w.[20]) nehmen für dieselben kein literarisches Autorrecht in Anspruch, sondern wünschen ihre weiteste Verbreitung.

II. Dem Autor eines Schriftwerks ist der Componist eines musikalischen Werks gleichgestellt (§ 45); auch er hat das ausschließliche Recht zur Vervielfältigung seiner musikalischen Compositionen und zwar gilt dies gleichmäßig für herausgegebene und für noch nicht herausgegebene Musikalien.

III. Auch wo das Werk nicht durch Schriftzeichen oder Noten fixirt ist, sondern nur durch das Wort oder durch Töne zur Erscheinung gekommen ist, soll der Urheber in gewissem Umfange geschützt sein; § 5.b erklärt für Nachdruck „den ohne Genehmigung des Urhebers erfolgten Abdruck von Vorträgen, welche zum Zwecke der Erbauung, der Belehrung oder der Unterhaltung gehalten sind"[21]), also Predigten, akademische Vorträge u. s. w.[22]). Dasselbe gilt auch für vorgetragene unedirte Musikstücke (§ 45 vgl. mit § 5).

Dagegen gilt nicht als Nachdruck „der Abdruck von Reden, welche bei den Verhandlungen der Gerichte, der politischen, kommunalen und kirchlichen Vertretungen, sowie der politischen und ähnlichen Versammlungen gehalten werden" (§ 7.d); sie sind Gemeingut geworden und der Redner hat kein ausschließliches Dispositionsrecht über sie[23]).

IV. Das Urheberrecht gilt ferner für „geographische, topographische, naturwissenschaftliche, architektonische, technische und ähn-

---

[19]) Im Entwurf hatte es noch geheißen: „amtliche und nicht amtliche öffentliche Anzeigen und Nachrichten aller Art, selbst wenn sie, wie Festprogramme, Theaterzettel, Lektionskataloge u. s. w. eine Reihe von Ereignissen fortlaufend ankündigen". Im Gesetz hat man das als überflüssig fortgelassen. — Vgl. überhaupt Wächter S. 143, 541, Klostermann S. 151.

[20]) Dagegen bildet ein Gesetzentwurf, soweit er nicht zu den öffentlichen Aktenstücken gehört, also z. B. von einem Privatmann ausgearbeitet ist, wohl ein Nachdrucksobjekt, Wächter AR. S. 54 f.

[21]) Ueber das ältere Recht Wächter S. 158 ff., Klostermann S. 160 ff.

[22]) Unter diesen Gesichtspunkt („Unterhaltung") könnten auch Toaste, improvisirte Gedichte u. s. w. fallen. — Referate über einen gehaltenen Vortrag sind nicht untersagt.

[23]) Es ist also erlaubt die Reden eines Staatsmanns zusammen abdrucken zu lassen. Aber der Sammler hat kein Autorrecht an diesem Buch, indem jeder Andere diese Reden gleichfalls abdrucken lassen kann.

liche Zeichnungen und Abbildungen, welche nach ihrem Hauptzwecke nicht als Kunstwerke zu betrachten sind" (§ 43)[24]).

V. 1. Nach § 1 des Gesetzes vom 9. Jan. 1876 steht das Urheberrecht dem Urheber „eines Werks der bildenden Künste" zu. Werke der bildenden Künste sind nicht identisch mit Kunstwerken; es sind Werke, welche mit den Mitteln der bildenden Künste (Farben, Zeichnung, Plastik) hervorgebracht sind. Der Gesetzgeber unterscheidet sie von den geographischen, topographischen u. s. w. Zeichnungen und Abbildungen u. s. w.; jene verfolgen einen ästhetischen, diese einen intellektuellen Zweck. Ob die Werke der bildenden Künste einen Kunstwerth haben, ob der ästhetische Zweck ein höherer, edlerer ist, ob die angewandten Mittel von künstlerischer Bedeutung sind, ob das Werk eine selbständige Bestimmung hat oder zur Ausschmückung einer andern Sache dienen soll (z. B. ein Gemälde auf einem Schrank, einer Tasse, einem Fächer) u. s. w., ist gleichgültig. Auch das niedrigste Genre und die elendeste Ausführung (Bilderbogen) entziehen dem Urheber nicht den Schutz[25]).

2. Sowie der Autor einer Uebersetzung gegen Nachdruck derselben, so wird auch der Nachbildner eines Kunstwerks selbst gegen weitere Nachbildung geschützt (§ 7 des Gesetzes vom 9. Januar 1876)[26]); seine Arbeit gilt wie ein neues Original[27]). Wer z. B.

---

[24]) Also auch für Modebilder, Musterzeichnungen u. s. w., Dambach S. 213 f.

[25]) Jolly S. 129 ff. wollte es darauf ankommen lassen, ob das Werk seiner ganzen Anlage nach dazu bestimmt sein könne, eine Befriedigung des ästhetischen Sinnes hervorzurufen. Er denkt immer an Kunstwerke und will Bilderbogen, Malereien auf Tassen u. s. w. nicht schützen, auch wenn sie in hohem Grade Gegenstand des Handels sind. Aehnlich Harum S. 108 f., vgl. dagegen auch Spöndlin S. 65 f. — Irrig Neumann S. 56: „menschliche Schöpfungen, welche in den Zweigen der Malerei und Bildhauerei das Schöne darzustellen streben", S. 110 ff.; also wäre eine Karrikatur nicht geschützt. — Unhaltbar ist der Gegensatz, welchen Klostermann UR. S. 70 zwischen Abbildung („einfache Wiedergabe der Wirklichkeit") und Kunstwerk aufzustellen versucht. — Auch vertheidigt derselbe S. 47 die von dem Gesetze nicht unterstützte Annahme, daß zum juristischen Begriff des Kunstwerks „ein vermögensrechtliches Interesse" gehöre.

[26]) Denselben Schutz genießt derjenige, welcher eine photographische Aufnahme durch ein Werk der zeichnenden, malenden oder plastischen Kunst nachgebildet hat, Ges. v. 10. Jan. 1876. § 8.

[27]) Litteraturangaben in der Entsch. des ROH.Ger. XVII. S. 258. N.*).

eine Lithographie nach einem Oelbild gefertigt hat, wird geschützt, wenn ein Anderer einen Stahlstich desselben Bildes nicht nach dem Originalbild, sondern nach der Lithographie herausgiebt[28]).

3. Gewisse Werke sind nicht gegen Nachbildung geschützt:

a) Bauwerke (§ 3), welche sowohl wiederholt, als auch durch ein anderes Verfahren (Modell, Abbildung) nachgebildet werden dürfen[29]).

b) „Werke der bildenden Künste, welche auf oder an Straßen oder öffentlichen Plätzen bleibend sich befinden" (§ 6. 3)[30]); jedoch besteht hier die Beschränkung, daß eine Nachbildung nicht „in derselben Kunstform" erfolgen darf[31]).

c) Porträts und Porträtbüsten[32]), wenn sie auf Bestellung gearbeitet werden; hier geht das Nachbildungsrecht auf den Besteller über (§ 8)[33]).

---

[28]) Vgl. über den bekannten Fall, daß Payne in Leipzig Stahlstiche nach den von Piloty und Löhle in München herausgegebenen Lithographien von Gemälden der Münchener Pinakothek hatte fertigen lassen, über welchen unter der früheren Gesetzgebung verschiedene Erkenntnisse ergangen waren (Seuffert IX. no. 72 S. 93—103), Volkmann die Werke der Kunst in den deutschen Gesetzgebungen zum Schutze des Urheberrechts. München 1856, Klostermann S. 182 ff.

[29]) So schon nach ältern Gesetzen, Klostermann S. 128 f. — Der Baumeister hat kein Interesse, insbesondere auch kein pekuniäres Interesse, daß sein Werk nicht nachgebildet wird. Regelmäßig wird sich dasselbe auf die Ausführung des einen Baues beschränken. — Giebt er Pläne oder Zeichnungen seines Werks heraus, so sind diese nach § 43 des Gesetzes vom 11. Juni 1870 geschützt; aber ein Anderer kann nach dem Bauwerk selbst einen neuen Plan oder eine neue Abbildung liefern.

[30]) So schon nach älteren Gesetzen, Wächter I. S. 477 N. 11.

[31]) Da nach § 6 no. 2 gestattet ist „die Nachbildung eines Werks der zeichnenden oder malenden Kunst durch die plastische Kunst oder umgekehrt", muß die Zulassung der Nachbildung in einer andern „Kunstform" einen andern, weiteren Sinn haben. Man beabsichtigte durch § 6 no. 3 es auszusprechen, daß Photographien nach Fresken an öffentlichen Gebäuden gestattet seien. So ist „Kunstform" wohl im Sinne von „Kunstverfahren" zu verstehen: eine Erzstatue kann in Marmor nachgebildet werden, aber es ist kein weiterer Erzguß zulässig u. s. w. Vgl. über diese äußerst unklare Bestimmung Klostermann UR. S. 75 ff., Wächter UR. S. 153 ff.

[32]) Dasselbe muß doch auch wohl von Porträtstatuen gelten.

[33]) So auch schon nach dem Baier. Ges. v. 28. Juni 1865. art. 35.

Im Uebrigen liegt in der Veräußerung des Originals von Seiten des Künstlers kein Verzicht auf sein Urheberrecht[34]). Ein Kunstverein, welcher ein Bild kauft, erlangt nur durch besonderen Vertrag die Befugniß, es für seine Mitglieder stechen zu lassen.

VI. Nach § 1 und § 11 des Gesetzes vom 10. Januar 1876 hat der Verfertiger eines durch Photographie oder durch ein der Photographie ähnliches Verfahren hergestellten Werks das ausschließliche Recht, es ganz oder theilweise auf mechanischem Wege nachzubilden. Er genießt den Schutz gegen Beeinträchtigungen aber nur, wenn jedes Exemplar der Nachbildung seinen Namen (Firma), Wohnort und das Jahr der Aufnahme enthält (§ 5). Da der Photograph mehr Techniker ist und durchschnittlich eine geringere schöpferische Thätigkeit entfaltet, als der bildende Künstler, so währt der Schutz nur geringere Zeit (5 Jahre) und hat auch einen beschränkteren Inhalt. Gleichgültig ist es, zu welchem Zweck, ob zu einem ästhetischen oder wissenschaftlichen die Aufnahmen erfolgt sind, ob sie Gegenstände der Natur oder der Kunst, Technik u. s. w. vervielfältigen. Gestattet ist nicht bloß „die freie Benutzung eines durch Photographie hergestellten Werks zur Hervorbringung eines neuen Werks" (§ 2), sondern auch die Nachbildung einer photographischen Aufnahme „durch ein Werk der malenden, zeichnenden oder plastischen Kunst" (§ 8).

Ausgenommen vom Schutz gegen Nachbildung sind:

a) Photographien von solchen Werken, welche gegen Nachdruck und Nachbildung noch gesetzlich geschützt sind (§ 1 Abs. 2)[35]),

---

[34]) Klostermann UR. S. 131 ff. — Ueber das frühere Recht, in welchem diese Frage sehr bestritten war, vgl. Wächter S. 227 ff., 477 f., Klostermann S. 327 ff., Neumann S. 43 ff.

[35]) Vgl. darüber Wächter UR. S. 278 ff. — Wer z. B. mit Genehmigung des Malers dessen noch geschütztes Oelbild photographisch nachbildet, kann nicht gegen Nachbildungen einschreiten, welche ein anderer Photograph nach der Photographie unternimmt. Dies könnte nur der Maler nach § 5 no. 2 des Gesetzes v. 9. Jan. 1876. — Hätte der Maler einem Photographen das alleinige Recht zu photographischen Vervielfältigungen nach seinem Bilde eingeräumt und dann noch einem Andern die gleiche Befugniß übertragen, so könnte der erste Photograph nur den Maler aus dem Vertrage in Anspruch nehmen, aber nicht gegen den Nachbildner einschreiten.

b) Photographien an Werken „der Industrie, der Fabriken, Handwerke oder Manufakturen" (§ 4),

c) photographische Bildnisse; hier geht das Vervielfältigungsrecht auf den Besteller über (§ 7).

VII. Das Urheberrecht hat weiter derjenige, welcher ein Erfindungspatent erlangt hat; er ist zur ausschließlichen vermögensrechtlichen Ausnutzung seiner Erfindung berechtigt, § 4 des Patentgesetzes vom 25. Mai 1877.

1. Die Erfindung ist ein faktischer Vorgang; sie giebt an sich noch kein Recht, ebenso wie ein Dichter, welcher den Stoff für sein Werk nur gedacht, aber nicht in eine bestimmte Form gebracht hat, noch kein Urheberrecht hat. Was bei einem literarischen Werk die Form, ist die staatliche Anerkennung bei der Erfindung. Wie der Besitz kein Recht ist, aber rechtliche Folgen haben kann, so können auch aus der Erfindung Rechte hervorgehen. Sie giebt eine spes auf den Rechtserwerb, aber noch nicht das Recht selbst[36]).

2. Wer eine zu gewerblicher Verwerthung geeignete Erfindung gemacht[37]) oder von dem Erfinder die Ansprüche aus derselben abgetreten erhalten hat, kann die Ertheilung eines staatlichen Patents beantragen. Machen mehrere Personen auf ein Patent für dieselbe Erfindung Anspruch, so geht im allgemeinen derjenige vor, welcher seinen Anspruch zuerst angemeldet hat (§ 3): nicht der Moment der Erfindung, sondern der Geltendmachung derselben entscheidet. Ein Patent kann für jede Erfindung ertheilt werden, falls sie eine gewerbliche Verwerthung gestattet und neu ist. „Ausgenommen sind

---

[36]) Kohler S. 77, 79 behauptet, daß das Erfinderrecht nicht erst durch Ertheilung des Patents, sondern als höchst persönliches Recht sofort mit der Erfindung entstehe. Es beruft sich auf die Möglichkeit, die Erfindung vor der Patentirung veräußern zu können. Indessen kann man nicht bloß eine res, sondern auch eine spes veräußern. Der Veräußerer will es zulassen, daß der Andere die Erfindung geltend macht, um ein Recht zu erwerben. Ebensowenig beweist es (Kohler S. 81), daß der Erfinder dem Erwerb des Patents von Seiten eines Andern widersprechen kann, welcher die Erfindung ihm entlehnt hat. Der Erfinder macht hier kein Recht geltend, sondern beweist nur, daß es an einer Voraussetzung für den Erwerb des Patentsuchers oder Patentirten fehlt, nämlich an der eigenen Erfindung.

[37]) Nicht bloß Inländer, sondern auch Ausländer, wenn sie einen Vertreter im Inlande bestellen, § 12.

1) Erfindungen, deren Verwerthung den Gesetzen oder guten Sitten zuwiderlaufen würde, 2) Erfindungen von Nahrungs-, Genuß- und Arzneimitteln, sowie von Stoffen, welche auf chemischem Wege hergestellt werden, soweit die Erfindungen nicht ein bestimmtes Verfahren zur Herstellung der Gegenstände betreffen." (§ 1.)

3. Während nach einzelnen Patentgesetzgebungen Jeder, welcher eine Erfindung zum Zweck der Patentirung anmeldet, das Patent erhält und die durch diese Patentertheilung verletzten Personen später dieselbe angreifen und zu diesem Zweck nachweisen können, daß sie auf die gleiche Erfindung ein Patent erhalten haben oder bereits thatsächlich die Erfindung besitzen, geht nach andern Gesetzen der Ertheilung des Patents eine Prüfung voraus, sei es, daß die Regierung selbst eine Untersuchung veranstaltet, sei es, daß sie ein Aufgebot erläßt, um die Interessenten zum Einspruch aufzufordern[38]). Dieser letzteren Richtung gehört das deutsche Patentgesetz an.

Dasselbe ordnet für das ganze Reich ein Patentamt mit dem Sitz in Berlin an (§ 13)[39]). Bei ihm ist die Erfindung behufs Ertheilung des Patents schriftlich anzumelden (§ 20); ergiebt sich, daß sie zu den nicht zu patentirenden gehört (§ 1) oder bereits bekannt ist, so wird die Anmeldung zurückgewiesen, andernfalls aber bekannt gemacht und mit ihren Beilagen (Zeichnungen, Modellen u. s. w.) für Jedermann auf dem Patentamt zur Einsicht ausgelegt. Von der Bekanntmachung an sind dem Erfinder vorläufig die gesetzlichen Wirkungen des Patents gesichert (§ 22, 23)[40]).

Durch diese Bekanntmachung soll es ermöglicht werden, 1) daß diejenigen Personen, deren Beschreibungen, Modellen, Einrichtungen u. s. w. der angebliche Erfinder den Gegenstand seiner Anmeldung ohne ihre Genehmigung entnommen hat[41]), aber 2) auch andere

---

[38]) Klostermann S. 114 ff.

[39]) Seine Geschäftsthätigkeit ist durch eine kaiserliche Verordnung vom 26. Juni 1877 geregelt.

[40]) Die Wirkung dieser Bekanntmachung ist eine ähnliche, wie die einer Vermerkung im Grundbuch für den Erwerb dinglicher Rechte. — Ueber das vorläufige Recht der ein Patent Anmeldenden Kohler S. 351 ff.

[41]) Das Recht des Widerspruchs hat nicht bloß der Erfinder selbst, sondern auch wer seinerseits etwa die Erfindung einem Andern entlehnt hat und dem sie nun wieder von dem Patentsucher entlehnt ist, Kohler S. 91 f.

Personen Einsprache mit der Behauptung erheben können, daß die Erfindung nicht neu sei (§ 24).

„Eine Erfindung gilt nicht als neu, wenn sie zur Zeit der . . . Anmeldung in öffentlichen Druckschriften bereits derart beschrieben oder im Inlande bereits so offenkundig benutzt ist, daß danach die Benutzung durch andere Sachverständige möglich erscheint" (§ 2)[42]. Auch wenn der Anmeldende wirklich der Erfinder ist, aber die Erfindung — vielleicht gegen seinen Willen, etwa durch einen Vertrauensbruch öffentlich bekannt geworden ist oder offenkundig benutzt wird, hilft ihm seine Urheberschaft nichts und darf er kein Patent erlangen[43].

Ob man bei vielfacher Uebereinstimmung der angemeldeten Erfindung mit bereits bisher gebräuchlichen Gegenständen oder Verfahrungsarten die Neuheit anzunehmen oder zu leugnen habe, ist eine casuistisch oft sehr schwer zu beantwortende Frage[44].

4. Erfolgt auf die Bekanntmachung hin eine Einsprache, so kann das Patentamt ein Verfahren über die streitigen Punkte eröffnen. Fällt dasselbe zu Gunsten des Patentsuchers aus oder werden innerhalb 8 Wochen überhaupt keine Ansprüche erhoben, so wird nach Verlauf dieser Zeit über die Ertheilung des Patents beschlossen (§ 24). Das ertheilte Patent wird in die beim Patentamt geführte Rolle eingetragen (§ 19 Abs. 1), öffentlich bekannt gemacht und dem Patentsucher darüber eine Urkunde ausgestellt (§ 26). Wird das Patent versagt, so fallen die Wirkungen des einstweiligen Schutzes fort (§ 26 Abs. 2). Gegen die Entscheidung des Patent-

[42]) Gareis S. 56—59 behauptet, daß dies nicht die einzigen Fälle seien, in denen eine Erfindung nicht als neu erscheine, sondern auch nach andern Rücksichten hin das Patentamt ihre Neuheit leugnen könne, ebenso Laband S. 476 N. 3. — Da aber der Ausdruck des Gesetzes eine solche Extensivinterpretation zu verbieten scheint, so stimme ich Kohler S. 34 und Dahn Patentgesetz S. 373 f. zu, daß die im Gesetz angeführten beiden Fälle nicht Beispiele, sondern die einzigen sind, wenngleich es zugestanden werden muß, daß eine solche Bestimmung irrationell ist, wie auch Kohler S. 41 zugiebt. Nach dem Gesetz kann also ein Patent genommen werden, wenn die Erfindung im Auslande offenkundig benutzt wird, oder in einem öffentlichen, aber nicht gedruckten Vortrage beschrieben ist.

[43]) Kohler S. 52 f.

[44]) Klostermann P. S. 203 ff., Kohler S. 43 ff.

amts ist binnen 4 Wochen der Weg der Beschwerde zulässig (§ 25), über welche dann eine andere Abtheilung des Patentamts, als welche die angefochtene Entscheidung erlassen hat, oder mehrere Abtheilungen beschließen (§ 16).

5. Auch nach Ertheilung des Patents können der wahre Erfinder oder dritte Personen, welche die Erfindung nicht für neu gelten lassen wollen, beim Patentamt die Vernichtung des Patents beantragen (§ 10). Nach einem kontradiktorischen Verfahren erfolgt die Entscheidung des Patentamts, gegen welche eine Berufung an das Reichsgericht (Reichsoberhandelsgericht) zulässig ist (§ 32)[45].

VIII. Endlich steht auf Grund des Gesetzes vom 11. Jan. 1876 § 1 das Urheberrecht dem Urheber eines gewerblichen Musters oder Modells[46]) zu, falls er dasselbe beim Musterregister hat eintragen lassen. Als Muster sind anzusehen Zeichnungen, Farbenzusammenstellungen und Farbenfiguren zur Verzierung von Flächen, als Modelle Formen für Industrieerzeugnisse, gleichviel ob es sich um Erzeugnisse der sg. Kunstindustrie oder der gewöhnlichen Gewerbe und um Befriedigung des ästhetischen Sinnes oder der technischen Bedürfnisse des Lebens handelt[47]).

Der Urheber eines neuen und eigenthümlichen Musters oder Modells hat das ausschließliche Recht der Nachbildung desselben, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß „er dasselbe zur Eintragung in das Musterregister angemeldet und ein Exemplar oder eine Abbildung des Musters u. s. w. bei der mit Führung des Musterregisters beauftragten Behörde [bei der mit Führung der Handelsregister beauftragten Gerichtsbehörde § 9] niedergelegt hat“ (§ 7, 9—13)[48]).

---

[45]) Dasselbe übt in dieser Beziehung Administrativjustiz.

[46]) Das Oesterr. Ges. v. 7. Dez. 1858 sagt § 1: „Unter Muster und Modell wird in diesem Gesetze jedes auf die Form eines Industrieerzeugnisses bezügliche, zur Uebertragung auf ein solches geeignete Vorbild verstanden.“ Im deutschen Gesetz fehlt es an einer Definition.

[47]) Klostermann UR. S. 94, P. S. 391. — Anders Dambach, der Redaktor des Gesetzes, in seinem Commentar S. 15 f.: „Das vorliegende Gesetz betrifft nur die sg. Geschmacksmuster, d. h. Muster, welche den Farben- oder Formensinn erwecken oder befriedigen sollen.“

[48]) Vgl. auch Verordnung des Reichskanzleramts vom 29. Febr. 1876. — Trotz dieser Maßregeln kann es für einen Fabrikanten schwierig sein, sich Ge-

An den Mustern, welche von den in einer gewerblichen Anstalt beschäftigten Zeichnern, Malern u. s. w. im Auftrage und für Rechnung des Inhabers des Etablissements gefertigt werden, steht das Urheberrecht dem Inhaber des Etablissements zu (§ 2). E contrario folgt daraus, daß der Inhaber eines Etablissements, welcher sich Muster oder Modelle von einem außerhalb der Anstalt stehenden Zeichner, Maler u. s. w. anfertigen läßt, wohl das Nachbildungsrecht erwirbt, daß aber der Zeichner, Maler u. s. w. im übrigen das Urheberrecht behält und falls er das Recht am Muster oder Modell dem Auftraggeber nicht unbeschränkt veräußert hat, dieselben noch weiter nachbilden oder auch an andere Personen veräußern darf.

§ 161. Der Inhalt des Urheberrechts.

I. Als Inhalt des Urheberrechts an Schriftwerken, resp. musikalischen Compositionen ergiebt sich

1. die ausschließliche Befugniß sie auf mechanischem Wege zu vervielfältigen (Ges. v. 11. Juni 1870 § 1)[1]. Die Verletzung dieser ausschließlichen Befugniß durch unberechtigte Personen ist ein Delikt, zieht Strafe nach sich und verpflichtet zum Schadensersatz. Nicht als Nachdruck ist anzusehen:

a) „das wörtliche Anführen einzelner Stellen oder kleinerer Theile eines bereits veröffentlichten Werkes" (§ 7); der Autor kann die Benutzung seiner Arbeit und das wörtliche Citiren nicht verbieten.

b) „die Aufnahme bereits veröffentlichter Schriften von geringerem Umfange in ein größeres Ganzes, sobald dieses nach seinem Hauptinhalt ein selbständiges wissenschaftliches Werk ist, sowie in Sammlungen, welche aus Werken mehrerer Schriftsteller zum Kirchen-, Schul- und Unterrichtsgebrauch oder zu einem eigenthümlichen literarischen Zwecke veranstaltet werden[2]. Vorausgesetzt ist jedoch, daß

---

wißheit darüber zu verschaffen, ob ein fremdes Muster, welches er nachzubilden beabsichtigt, geschützt ist oder nicht, Klostermann UR. S. 199.

[1]) Man darf nicht mit Wächter AR. S. 91 N. 6 sagen, daß die Ausschließungsbefugniß nur gewährt sei, um die Vervielfältigungsbefugniß zu schützen; denn möglicherweise will der Autor sein Werk gar nicht vervielfältigen.

[2]) Ueber solche Sammelwerke vgl. Wächter S. 530 ff., 548 ff., AR. S. 68 ff., 196 ff.

der Urheber oder die benutzte Quelle angegeben ist" (§ 7). Entsprechende Bestimmungen gelten für Abbildungen und Musikalien (§ 44, 47).

Die Unterlassung der Angabe der Quelle wird nicht als Nachdruck, sondern mit einer geringeren Geldsumme bestraft § 24[3]).

2. Eine Uebersetzung ist keine Vervielfältigung „auf mechanischem Wege", kein Nachdruck, und würde daher an sich nicht verboten sein. Da jedoch die Konkurrenz von Uebersetzungen den Vertrieb des Originals beeinträchtigen kann und der Autor als berechtigt erscheint, durch Veranstaltung von Uebersetzungen aus seinem Werk weiteren Gewinn zu ziehen, so gehört zum Inhalt des Autorrechts auch die ausschließliche Befugniß Uebersetzungen zu veranstalten[4]). Doch besteht dieselbe nur in engeren Grenzen[5]) und nur für kürzere Zeit (§ 15).

---

[3]) Diese Art von Plagiat wird also als Delikt verboten.

[4]) Ueber das ältere Recht Wächter S. 557 ff., AR. S. 202 ff., Klostermann S. 389 ff. — Jolly S. 152 ff. trat noch für die Freiheit des Uebersetzungsrechts ein; eine große Geneigtheit nach dieser Seite zeigt auch Dahn Patentgesetz S. 359 f.

[5]) § 6: „Uebersetzungen ohne Genehmigung des Urhebers des Originalwerkes gelten als Nachdruck:

a) wenn von einem, zuerst in einer todten Sprache erschienenen Werke eine Uebersetzung in einer lebenden Sprache herausgegeben wird;
b) wenn von einem gleichzeitig in verschiedenen Sprachen herausgegebenen Werke eine Uebersetzung in einer dieser Sprachen veranstaltet wird;
c) wenn der Urheber sich das Recht der Uebersetzung auf dem Titelblatte oder an der Spitze des Werkes vorbehalten hat, vorausgesetzt, daß die Veröffentlichung der vorbehaltenen Uebersetzung nach dem Erscheinen des Originalwerkes binnen einem Jahre begonnen und binnen drei Jahren beendet wird. Das Kalenderjahr, in welchem das Originalwerk erschienen ist, wird hierbei nicht mitgerechnet.

Bei Originalwerken, welche in mehreren Bänden oder Abtheilungen erscheinen, wird jeder Band oder jede Abtheilung im Sinne dieses Paragraphen als ein besonderes Werk angesehen, und muß der Vorbehalt der Uebersetzung auf jedem Bande oder jeder Abtheilung wiederholt werden.

Bei dramatischen Werken muß die Uebersetzung innerhalb sechs Monaten, vom Tage der Veröffentlichung des Originals an gerechnet, vollständig erschienen sein.

Der Beginn und beziehungsweise die Vollendung der Uebersetzung muß zugleich innerhalb der angegebenen Fristen zur Eintragung in die Eintragsrolle

Parallel geht die Bestimmung für musikalische Compositionen (§ 46): „Als Nachdruck sind alle ohne Genehmigung des Urhebers einer musikalischen Composition herausgegebenen Bearbeitungen derselben anzusehen, welche nicht als eigenthümliche Compositionen betrachtet werden können, insbesondere Auszüge aus einer musikalischen Composition, Arrangements für einzelne oder mehrere Instrumente oder Stimmen, sowie der Abdruck von einzelnen Motiven oder Melodien eines und desselben Werkes, die nicht künstlerisch verarbeitet sind“[6]).

3. Mit Bezug auf dramatische, dramatisch-musikalische und musikalische Werke anerkennt die Gesetzgebung (§ 50) noch einen dritten Ausfluß des Autorrechts (das sg. Bühneneigenthum). Damit der Autor Gelegenheit habe aus der öffentlichen Aufführung seines Werks Nutzen zu ziehen, soll dieselbe von seiner Genehmigung abhängig sein.

Das Preußische Gesetz von 1837 § 32 hatte die öffentliche Aufführung dramatischer und musikalischer Werke nur so lange von der Erlaubniß des Autors abhängig gemacht, als „das Werk nicht durch den Druck veröffentlicht worden ist.“ Diese Bestimmung wurde durch Bundesbeschluß vom 22. April 1841 auf ganz Deutschland ausgedehnt. Da hiedurch das Interesse des Autors nicht ausreichend gewahrt schien, indem er seines Aufführungsrechts durch die Publikation verlustig ging, bestimmte das Preuß. Gesetz vom 20. Febr. 1854 § 2, daß der Autor bei Veröffentlichung „eines dramatischen oder dramatisch-musikalischen Werks“ durch den Druck sich das ausschließliche Aufführungsrecht auf eine jedem Exemplar des Werks auf dem Titelblatt vorgedruckte Erklärung (besonders: „den Bühnen gegenüber als Manuskript“)[7]) vorbehalten könne. Auch diese Bestimmung wurde später auf ganz Deutschland ausgedehnt, durch den Bundesbeschluß vom 12. März 1857 § 2[8]). Dies Recht solle dem

(§ 39 ff.) angemeldet werden, widrigenfalls der Schutz gegen neue Uebersetzungen erlischt.“

[6]) Für die Casuistik vgl. Klostermann S. 173 ff., Wächter S. 592 ff., Dambach S. 222 ff., in Betreff der musikalischen Transskription Entscheid. des ROH.Ger. III. S. 281 ff.

[7]) Vgl. darüber Wächter S. 646 f.

[8]) Ein solcher Vorbehalt sei zulässig bei Veröffentlichung „eines dramati-

Autor lebenslänglich und seinen Erben oder sonstigen Rechtsnachfolgern noch 10 Jahre nach seinem Tode zustehen[9]).

Das Reichsgesetz hat das Autorrecht in dieser Beziehung verstärkt: für dramatische und dramatisch-musikalische Werke hat der Autor das ausschließliche Aufführungsrecht ohne weiteres auf Grund des Gesetzes und nur für musikalische Werke ist es davon abhängig, daß er es sich „auf dem Titelblatt oder an der Spitze des Werkes" vorbehalten hat (§ 50)[10]).

Dies gilt auch für diejenigen Werke, welche zur Zeit des alten Gesetzes entstanden und damals des Schutzes entbehrten (§ 58); daher dürfen die vor dem neuen Gesetz ohne Vorbehalt veröffentlichten dramatischen und dramatisch-musikalischen Werke fernerhin nicht ohne die Genehmigung des Urhebers aufgeführt werden. „Ein dramatisches Werk, welches niemals zuvor Gegenstand des ausschließlichen Urheberrechts gewesen war, wird nachträglich zum Objekt des ausschließenden Urheberrechts." Auch die zu jener Zeit ertheilte Erlaubniß mit Bezug auf ein damals nicht geschütztes Werk gibt keinen Grund, um nach dem Erlaß des Gesetzes von 1870 die Aufführung ohne erneute Genehmigung des Autors als erlaubt erscheinen zu lassen[11]).

II. Für Werke der bildenden Kunst besteht das Urheberrecht in der ausschließlichen Befugniß das Werk ganz oder theilweise nachzubilden (Ges. v. 9. Jan. 1876 § 1). Da aber die Ge-

---

schen oder musikalischen Werkes", wobei denn unter den dramatischen auch die dramatisch-musikalischen Werke mitverstanden werden.

[9]) Andere Gesetze bei Wächter S. 632 ff., 642 f., Klostermann S. 170 f., 176 f., 403, Entsch. des ROH.Ger. X. S. 118 ff., 122 f.; vgl. auch Haubold II. § 436.

[10]) § 54 verbietet es Andern das betreffende Werk „vollständig oder mit unwesentlichen Aenderungen" unbefugt aufzuführen. Es ist dadurch nicht etwa eine theilweise Aufführung, z. B. eines Akts oder einiger Scenen freigegeben; vielmehr bedeuten jene Worte nur, daß sowohl die Aufführung des unveränderten als des unwesentlich veränderten Werks verboten sei; im übrigen ist es gleichgültig, ob es ganz oder nur theilweise aufgeführt wird, Klostermann A. S. 39.

[11]) So entscheidet das Reichsoberhandelsgericht in Sachen Cerf c. v. Hillern mit Bezug auf die Waise von Lowood, Entsch. X. S. 113—127; vgl. auch XV. S. 193 ff. mit Bezug auf Marschner's Hans Heiling. — Ueber diese Fragen Reuling S. 113 ff., 130 ff. mit den Bemerkungen von Goldschmidt.

setzgebung hauptsächlich bezweckt, den Künstler und Kunsthändler gegen vermögensrechtliche Benachtheiligungen sicher zu stellen, so ist dies ausschließliche Recht theilweise entsprechend den Grundsätzen über Schriftwerke, theilweise noch darüber hinaus in engere Grenzen geschlossen und die Nachbildung soweit zugelassen, als dem Urheber durch sie keine vermögensrechtliche Konkurrenz erwächst. Es dürfen nicht nur einzelne Werke der bildenden Kunst in ein Schriftwerk aufgenommen werden, — vorausgesetzt daß das letztere als Hauptaufgabe erscheint und die Abbildungen nur zur Erläuterung des Textes dienen (§ 6 no. 4), — und Werke der bildenden Kunst zur Hervorbringung eines neuen Werks frei benutzt werden (§ 4); — es ist auch „die Nachbildung eines Werks der zeichnenden oder malenden Kunst durch die plastische Kunst oder umgekehrt" gestattet (§ 6 no. 2)[12]). Denn eine derartige Nachbildung ist kaum geeignet den Urheber in der vermögensrechtlichen Ausnutzung seines Werks zu schädigen und erfordert durchschnittlich ein derartiges Maß eigener Kunstthätigkeit, daß die Nachbildung fast einem Original gleichzustellen ist.

Für die Photographien ergiebt das Urheberrecht die ausschließliche Befugniß zur Nachbildung auf mechanischem Wege, wogegen die Nachbildung durch ein Werk der malenden, zeichnenden oder plastischen Kunst nicht als Beeinträchtigung gilt (Ges. v. 10. Jan. 1876 § 8)[13]).

III. Das Urheberrecht des Erfinders, welcher ein Patent erlangt hat, besteht nach dem Patentgesetz vom 25. Mai 1877 in dem Recht der ausschließlichen Ausnutzung der Erfindung:

a) Niemand darf ohne seine Erlaubniß den Gegenstand der Erfindung gewerbsmäßig herstellen, in Verkehr bringen oder feilhalten (§ 4 Abs. 1).

b) Bildet ein Verfahren, eine Maschine oder eine sonstige Betriebsvorrichtung, ein Werkzeug oder ein sonstiges Arbeitsgeräth den Gegenstand der patentirten Erfindung, so darf Niemand ohne Er-

---

[12]) So zum Theil schon in der ältern Gesetzgebung, Wächter S. 581 ff., Klostermann S. 387 ff.

[13]) Ueber die Auslegung des Wortes mechanisch im § 1 des Gesetzes vgl. Klostermann UR. S. 83 ff., 231 f.

laubniß des Patentinhabers das Verfahren anwenden oder den Gegenstand der Erfindung gebrauchen (§ 4 Abs. 2)[14]).

Diese Wirkungen des Patents gelten aber nicht absolut;

a) sie treten nicht ein gegen denjenigen, „welcher bereits zur Zeit der Anmeldung des Patentinhabers im Inlande die Erfindung in Benutzung genommen oder die zur Benutzung erforderlichen Veranstaltungen getroffen" hat, § 5 Abs. 1., vgl. auch § 44[15]). Und zwar gilt diese Ausnahme auch zu Gunsten derjenigen, welche ohne die gleiche Erfindung gemacht zu haben, von ihr Kenntniß erhalten haben und sie ohne Erlaubniß des Erfinders auszunutzen beginnen (z. B. Arbeiter in einer Fabrik)[16]).

b) Es darf die Erfindung nach der Bestimmung des Reichskanzlers für das Heer oder für die Flotte benutzt oder die Ausschließlichkeit sonst im Interesse der öffentlichen Wohlfahrt eingeschränkt werden, in welchem Fall der beeinträchtigte Erfinder vom Reich oder dem einzelnen Staat[17]) entschädigt werden muß, § 5 Abs. 2 — eine Quasiexpropriation[18]).

c) Auch kann nach Verlauf von 3 Jahren der Patentberechtigte im öffentlichen Interesse aufgefordert werden, Andern die Benutzung der Erfindung gegen angemessene Vergütung und Sicherstellung zu gestatten und er verliert sein Patent, wenn er diese Erlaubniß verweigert § 11 no. 2.

IV. An gewerblichen Mustern und Modellen hat der Urheber das ausschließliche Recht dieselben ganz oder theilweise nachzubilden (Ges. v. 11. Jan. 1876 § 1) „Die freie Benutzung einzelner Motive eines Musters oder Modells zur Herstellung eines neuen Musters

---

[14]) In dem 2. Absatz des § 4 fehlt das Wort „gewerbsmäßig," welches der erste hat; es ist daher auch selbst eine private Anwendung des Verfahrens unerlaubt, Gareis S. 89 f., a. A. Kohler S. 106 ff., Laband S. 482. N. 7.

Mit Recht vergleicht Klostermann P. S. 180 mit diesem Anwendungsrecht das Aufführungsrecht von dramatischen und musikalischen Werken.

[15]) Kohler S. 92 ff., 137 ff.

[16]) Gareis S. 101 ff., vgl. auch Seuffert XXVII. no. 257.

[17]) Nicht von denen, welche durch diese Beschränkung Vortheil haben, — sie sind möglicherweise zu Leistungen an das Reich oder an ihren Staat verpflichtet.

[18]) Gareis S. 107, Kohler S. 115 ff. — Von untergeordneter Bedeutung ist die 3. Ausnahme in § 5 Abs. 3.

oder Modells ist als Nachbildung nicht anzusehen" (§ 5), wohl aber gilt als verboten „die Nachbildung in andern räumlichen Abmessungen oder Farben" (§ 5)[19]).

§ 162. Die Uebertragung und Dauer des Urheberrechts.

I. 1. Die im Urheberrecht enthaltenen Befugnisse sind übertragbar: sie gehen auf die Intestaterben über und können durch Vertrag und Verfügung von Todes wegen beschränkt oder unbeschränkt übertragen werden[1]). Bei Erörterung der einzelnen Grundsätze im folgenden berücksichtigen wir hauptsächlich das Urheberrecht an Schriftwerken.

2. Auf den gesetzlichen Erben[2]) gehen die sämmtlichen im Urheberrecht enthaltenen Befugnisse über, also das Recht der Vervielfältigung, der Uebersetzung, der Aufführung, bei Kunstwerken das Recht der Nachbildung. Wird das Recht vertragsmäßig oder letztwillig übertragen, so findet der Uebergang der Befugnisse soweit statt, als sie den Gegenstand der vertragsmäßigen oder letztwilligen Verfügung bildeten[3]). Die Uebertragung des Verlagsrechts an

---

[19]) Oestr. Ges. v. 7. Dez. 1858 § 13.

[1]) Ges. v. 11. Juni 1870 § 3, vgl. noch § 17, Ges. v. 9. Jan. 1876 § 3, v. 10. Jan. 1876 § 7, v. 11. Jan. 1876 § 3, Patentges. v. 25. Mai 1877 § 6. — Ueber die Uebertragbarkeit vgl. auch Reuling S. 72 ff. — Dahn S. 5 behauptet, daß das Autorrecht ein höchst persönliches Recht und unübertragbar sei; nur die Ausübung einzelner Befugnisse könne übertragen werden. Wenn nun aber der Autor alle im Urheberrecht enthaltenen Befugnisse einem Andern abtritt, ist auch dann noch das Autorrecht bei dem Urheber verblieben? Autor ist der Dritte nicht geworden, aber das Autorrecht ist auf ihn übergegangen.

Dahn S. 8 f. behauptet ferner, daß das Urheberrecht mit dem Tode erlösche und nur aus Billigkeitsgründen das Verlagsrecht der Erben eine Zeit lang fortwähre; es sei keine Verletzung des Urheberrechts, wenn ein Dritter nachgelassene Schriften veröffentlicht, welche erst später oder gar nicht hätten veröffentlicht werden sollen.

[2]) Ges. v. 11. Juni 1870 § 17: „Ein Heimfallsrecht des Fiskus oder anderer zu herrenlosen Verlassenschaften berechtigter Personen findet auf das ausschließliche Recht des Urhebers und seiner Rechtsnachfolger nicht statt"; vgl. auch Ges. v. 9. Jan. 1876 § 15.

[3]) Es ist irrig diese Uebertragung als Cession zu bezeichnen; vielmehr ist sie der Veräußerung des Eigenthums oder Bestellung eines binglichen Rechts zu parallesiren; vgl. auch N. 6.

einen Buchhändler giebt demselben das Vervielfältigungsrecht in dem bewilligten Umfange, aber an sich weder die Befugniß Uebersetzungen zu veranstalten, noch ein dramatisches Werk aufführen zu lassen; und umgekehrt liegt in der Ueberlassung eines Werks zur Aufführung an einer Bühne nicht auch die Ermächtigung es drucken zu lassen[4]). Während der Autor durch den Vertrag mit einem Verleger regelmäßig behindert ist, dasselbe Werk gleichzeitig einem andern Buchhändler in Verlag zu geben, ist er bei Ueberlassung seines Stücks zur Aufführung an eine Bühne im Abschluß von Verträgen mit andern Bühnen nicht beschränkt.

3. Der Verleger, auf welchen das Vervielfältigungsrecht übertragen ist[5]), hat den gesetzlichen Schutz gegen unbefugte Vervielfältigungen durch andere Personen, insbesondere auch gegen einen neuen Abdruck, welchen unbefugterweise der Autor veranstaltet (Ges. v. 11. Juni 1870 § 5 c).

4. Der Uebergang des Patentrechts von einer auf eine andere Person ist in der Patentrolle zu verzeichnen; bis zur erfolgten Umschreibung bleibt der frühere Inhaber berechtigt und verpflichtet (Ges. v. 22. Mai 1877 § 19 Abs. 2)[6]). Ueberträgt der Berechtigte sein Patent an mehrere Personen hinter einander, so geht derjenige vor, welcher zuerst eingetragen wurde[7]).

---

[4]) Ueber die Frage, inwieweit bei Ueberlassung eines dramatischen Werks zur Aufführung an eine Bühne auch die nachfolgenden Inhaber des Theaterunternehmens zur Aufführung befugt sind, vgl. Entsch. des ROH.Ger. XII. S. 319 ff. und Nissen in Goldschmidts Ztschr. XVIII. S. 346—364.

[5]) Ist ein Werk anonym oder pseudonym erschienen, so können die Autorrechte durch den Herausgeber oder, wenn ein solcher nicht genannt ist, durch den Verleger wahrgenommen werden, Ges. v. 11. Juni 1870 § 28 Abs. 3.

[6]) Klostermann Commentar S. 159 will die Grundsätze von der Cession der Forderungen analog anwenden; der Cedent werde erst durch die Denunciation, hier durch die Anzeige beim Patentamt und durch dessen Veröffentlichung, von der Ausübung seines Rechts gegenüber den Verpflichteten ausgeschlossen. Beim Patentrecht hätten die Rolle der Verpflichteten die betheiligten Gewerbtreibenden, deren Gewerbefreiheit durch das Patent eingeschränkt sei, und das Patentamt als Vertreter der Gesammtheit. — Diese Parallele ist durchaus zu verwerfen: durch Ertheilung eines Patents soll eine obligatio für alle Gewerbtreibenden entstehen? das Patentamt ist Vertreter ihrer Gesammtheit? u. s. w.

[7]) Kohler S. 188 will das in dem Fall nicht gelten lassen, daß dem

5. Der Autor kann auf sein Urheberrecht verzichten, sei es einer bestimmten Person gegenüber, sei es allgemein durch eine öffentliche Erklärung mit der Wirkung, daß sein Werk jetzt frei publicirt werden kann, so als ob das Urheberrecht durch Zeitablauf untergegangen wäre[8]).

6. Eine Uebertragung des Urheberrechts gegen den Willen des Urhebers im Wege der Exekution zur Befriedigung der Gläubiger ist unzulässig[9]). Er kann nicht zur mechanischen Vervielfältigung und Verbreitung, resp. zur öffentlichen Aufführung eines Werks genöthigt werden, welches er vielleicht nicht für reif hält. Dasselbe muß auch für die Erben gelten. Auch zu neuen Auflagen eines bereits veröffentlichten Werks kann der Urheber nicht gezwungen werden, wenn er erklärt, daß es einer neuen Bearbeitung bedürfe[10]). Anders steht es mit dem Recht am Werk selbst: das Manuskript als körperliche Sache kann ihm abgepfändet werden, um etwa als Autograph versteigert zu werden[11]); das Bild, die Statue eines Künstlers kann im Wege der Exekution ihm fortgenommen werden, um verkauft, nicht aber um vervielfältigt zu werden[12]). Auch bildet

zuerst Eingetragenen die frühere Uebertragung an einen Andern bekannt war. Aber das ergiebt sich weder aus dem Gesetz, noch läßt es sich durch Heranziehung des für das Grundbuch geltenden Publizitätsprinzips rechtfertigen.

[8]) Wächter S. 472 ff., AR. S. 159 ff., UR. S. 152 f. — Anderer Meinung Klostermann S. 265; die öffentliche Verzichtleistung schließe die Strafe des Nachdrucks aus, könne aber jeder Zeit widerrufen werden.

[9]) Baier. Ges. v. 1865 art. 50: „So lange dasselbe dem Urheber selbst zusteht, bildet es jedoch keinen Gegenstand der Hilfsvollstreckung". Die entsprechende Bestimmung, welche der Entwurf des Reichsgesetzes von 1870 enthielt, hat man wegen Zweifel im Detail im Reichstag gestrichen. — So fehlt es sowohl hier, als in der Civilprozeßordnung an einer gesetzlichen Bestimmung und es bleiben viele heikle Fragen übrig, vgl. über dieselben Dambach S. 36 ff., Endemann Commentar S. 15 f., Wächter AR. S. 111 ff., UR. S. 102 ff., Klostermann UR. S. 26, 140 ff.

[10]) Abweichend Klostermann UR. S. 26, 142, der mit Unrecht behauptet, daß seine entgegenstehende Ansicht allgemein anerkannt sei. Für die im Text vertretene Ansicht z. B. Harum S. 167, Endemann S. 15, Dambach S. 37, Wächter AR. S. 112 f., UR. S. 103.

[11]) Dambach S. 38.

[12]) Darf einem Kupferstecher seine Platte abgepfändet werden, um von ihr Abdrücke zu veranstalten? Ich gaube, daß dies zu bejahen ist, wenn Sachverständige erklären, daß sie vollendet ist.

das Patentrecht ein Exekutionsobjekt, da es ein reines Vermögensrecht ist[13]).

II. Das Autorrecht währt nicht ewig, nur eine begrenzte Zeit hindurch besteht es zu Gunsten des Autors, seiner Familie oder dritter Personen, welche die Berechtigung aus einem bestimmten Titel erworben haben. Nach Ablauf dieser Zeit wird das Werk Gemeingut; auch dritte Personen dürfen jetzt ohne besondern Titel das Werk vervielfältigen, übersetzen, aufführen, nachbilden, die Erfindung frei benutzen u. s. w. Sowie der Eigenthümer einer Sache sich Eingriffe in seine Herrschaft im Interesse der Gesammtheit gefallen lassen muß, so geht die ausschließliche Befugniß des Urhebers nach bestimmter Zeit unter und tritt an ihre Stelle gewissermaßen ein publicus usus[14]). In Betreff der Dauer der Schutzfrist hat die Gesetzgebung stark gewechselt[15]). Gegenwärtig gelten folgende Fristen:

1. Das ausschließliche Vervielfältigungsrecht von Schriftwerken besteht (entsprechend dem Preuß. Gesetz vom 11. Juni 1837) für die Lebenszeit des Autors und 30 Jahre nach seinem Tode (Ges. v. 11. Juni 1870 § 8)[16]). Ist das Werk aus Beiträgen verschiedener Verfasser zusammengesetzt, so wird die Schutzfrist für die einzelnen Beiträge besonders berechnet (§ 9 vgl. mit § 2). Gehört es aber mehreren Verfassern in ungetheilter Weise an, so bringt die Untheilbarkeit der Autorschaft es mit sich, daß sich die Schutzfrist auf die Dauer von 30 Jahren nach dem Tode des letztlebenden von ihnen erstreckt (§ 9)[17]).

---

[13]) Entsch. des ROH.Ger. XXII. S. 333. — Vgl. auch Kohler S. 168 ff.

[14]) Vgl. auch die bei Harum S. 38 mitgetheilte Aeußerung Napoleons gegen die unbegrenzte Dauer des Autorrechts.

[15]) Ueber das ältere Recht und die verschiedenen Partikularrechte Wächter S. 426 ff., Klostermann S. 268 ff.

[16]) Eine fixe Zahl von Jahren wäre nicht angemessen, weil sonst ein Autor vielleicht das Urheberrecht bei seinen Lebzeiten verlieren würde. — Schweizer Concordat von 1857 art. 2 (Wächter S. 801): „dieses Recht des Autors dauert während seiner ganzen Lebenszeit und insofern er vor dem Ablauf des dreißigsten Jahres vom Zeitpunkte der ersten Veröffentlichung an stirbt, so wirkt es für den Rest dieser Jahre noch fort zu Gunsten seiner Rechtsnachfolger".

[17]) Wächter S. 454 ff.

Für pseudonyme und anonyme Werke[18]) gilt die Schutzfrist von 30 Jahren von der ersten Herausgabe an gerechnet. Doch kann der Autor so herausgegebener Werke oder sein Rechtsnachfolger die regelmäßige Schutzfrist für das Leben des Autors und weitere 30 Jahre dadurch noch später erlangen, daß er innerhalb 30 Jahren nach der ersten Herausgabe den wahren Namen in einer besondern vom Stadtrath zu Leipzig zu führenden Eintragungsrolle (§ 39 ff.) vermerken läßt (§ 11); eine anderweitige Bekanntmachung, z. B. in den Zeitungen entbehrt dieser Wirkung. Die Eintragung in die Rolle darf nur vom Autor oder von seinem „hierzu legitimirten Rechtsnachfolger" angemeldet werden, vom Verleger oder Herausgeber also nur auf Grund besonderer Genehmigung des Autors. Eine neue Auflage unter dem wahren Namen schützt den Autor nicht gegen Nachdruck seines Werks in der Gestalt der ersten Ausgabe, nachdem 30 Jahre seit dem ersten Erscheinen verflossen sind[19]).

Nach dem Tode des Verfassers herausgegebene Werke sind „30 Jahre lang vom Tode des Urhebers an gerechnet, gegen Nachdruck geschützt" (§ 12)[20]). Für Akademien, Universitäten, sonstige juristische Personen, Unterrichtsanstalten, sowie gelehrte oder andere

---

[18]) Ueber den Begriff der Anonymität und Pseudonymität nach den ältern Quellen Wächter S. 433 f. — Als pseudonym sind auch diejenigen Werke anzusehen, welche der Autor unter einem allgemein bekannten Schriftstellernamen veröffentlicht hat, Harum S. 181, Dambach S. 110; denn das Gesetz sagt: „unter einem andern, als dem wahren Namen".

[19]) Anders nach älterm Recht, z. B. dem Preuß. Ges. v. 1837 § 7, indem die neue Publikation unter dem wahren Namen als ausreichende Publikation der Autorschaft erschien, Wächter S. 435 f.

[20]) Ueber den abweichenden Bundesbeschluß vom 19. Juni 1845 vgl. oben § 160 N. 10 — Schweizer Concordat von 1856 art. 2: „Wenn die Veröffentlichung nicht zur Lebenszeit des Autors stattfand, so haben seine Erben oder Rechtsnachfolger während 10 Jahren vom Tode an das ausschließliche Recht dazu. Machen sie davon Gebrauch, so dauert die Schutzfrist 30 Jahre vom Tode des Autors an gerechnet". — In der Convention zwischen dem norddeutschen Bunde und der Schweiz vom 13. Mai 1869 heißt es in den „für die Schweiz gültigen Bestimmungen" art. 18: „Wenn die Veröffentlichung nicht zur Lebenszeit des Urhebers stattfand, so haben seine Erben oder Rechtsnachfolger während 6 Jahre vom Tode des Urhebers an das ausschließliche Recht zur Veröffentlichung des Werkes. Machen sie davon Gebrauch, so dauert die Schutzfrist 30 Jahre nach diesem Todesfalle".

Gesellschaften, wenn sie ein Werk herausgeben, welches aus Beiträgen Mehrerer besteht, aber ein einheitliches Ganzes bildet, gilt der Schutz für 30 Jahre nach dem Erscheinen des Werks (§ 13)[21]). Geben sie dagegen nur das Werk eines genannten Autors heraus, so gilt ganz dasselbe, wie wenn der Autor selbständig sein Werk edirt hätte.

Bei Berechnung der Frist von 30 Jahren wird überall das Todesjahr des Verfassers, resp. das Kalenderjahr des ersten Erscheinens nicht eingerechnet (§ 16).

2. Entsprechende Vorschriften gelten für Werke der bildenden Künste, Ges. v. 9. Jan. 1876 § 9—15.

3. Was das Uebersetzungsrecht angeht (Ges. v. 11. Juni 1870 § 6, 15), so gelten, wenn der Verfasser sein Werk in einer todten Sprache herausgab, dieselben Vorschriften, wie für das Autorrecht im allgemeinen, d. h. bei Lebzeiten des Verfassers und 30 Jahre nach seinem Tode darf Niemand ohne besondere Genehmigung „eine Uebersetzung in einer lebenden Sprache" herausgeben[22]). Hat er sein Werk gleichzeitig in verschiedenen Sprachen herausgegeben, so kann eine Uebersetzung in eine dieser Sprachen nicht innerhalb 5 Jahren vom Erscheinen des Originalwerkes an veranstaltet werden[23]). Hat der Autor sich beim Erscheinen des Originalwerks das Uebersetzungsrecht auf dem Titelblatt oder an der Spitze des Werks vorbehalten[24]), und ist die von ihm vorbehaltene Uebersetzung

---

[21]) Sie werden wie anonym erschienene Werke behandelt; Wächter S. 437 ff.

[22]) Dambach S. 64 ff. Um gegen eine Uebersetzung aus einer todten in eine andere todte Sprache (z. B. aus dem Hebräischen in's Lateinische) geschützt zu sein, müßte sich der Autor das Uebersetzungsrecht nach den Grundsätzen des § 6c. vorbehalten, Dambach S. 66.

[23]) Während frühere Gesetze und auch der Entwurf des Reichsgesetzes hier den regelmäßigen Schutz eintreten lassen wollten, ist die Beschränkung auf 5 Jahre erst durch den Reichstag in das Gesetz hineingekommen, Dambach S. 66 ff.

[24]) Ges. 6. c. — Dambach S. 70 behauptet, es genüge nicht der Vorbehalt „aller gesetzlichen Rechte" oder „aller Rechte aus dem Nachdrucksgesetze"; es müsse ausdrücklich das Uebersetzungsrecht vorbehalten sein. Meiner Meinung nach darf man dies nicht aus dem Gesetz folgern. Ueberdies begreift bei vielen Werken (bei allen denen, welche nicht Zeitungsartikel und nicht musika-

binnen einem Jahr nach Erscheinen des Originalwerks begonnen und binnen 3 Jahren beendet[25]), und ist überdies der Beginn und die Vollendung der Uebersetzung in der zu Leipzig geführten Eintragungsrolle angemeldet (§ 6 vgl. mit § 39 ff.), so genießt der Autor 5 Jahre vom ersten Erscheinen der rechtmäßigen Uebersetzung an den Schutz gegen neue Uebersetzungen in derselben Sprache[26]). Gegen Uebertragung in einen andern Dialekt ist der Autor ebenso geschützt, wie gegen einfachen Nachdruck[27]).

4. Für unbefugte Aufführungen dramatischer und musikalischer Werke gelten die gleichen Fristen, wie für Nachdruck (§ 52).

5. Die Schutzfrist währt für Photographien 5 Jahre vom Ablauf desjenigen Kalenderjahres an, in welchem die rechtmäßigen Abbildungen der Originalaufnahme zuerst erschienen sind (Ges. v. 10. Jan. 1876 § 6).

6. Für Muster und Modelle währt der Schutz ein bis fünfzehn Jahre je nach der Wahl des Urhebers und den Gebühren, welche er erlegt (Ges. v. 11. Jan. 1876 § 8, 13).

7. Patente sind 15 Jahre von Anmeldung des Patents an geschützt (Ges. v. 25. Mai 1877 § 7); sie erlöschen früher, wenn die für das Recht des Patents jährlich zu erlegenden Gebühren unbezahlt bleiben (§ 8, 9). Auch kann das Patent nach Ablauf von 3 Jahren zurückgenommen werden, 1) „wenn der Patentinhaber es unterläßt, im Inlande die Erfindung in angemessenem Umfange zur Ausführung zu bringen oder doch Alles zu thun, was erforderlich ist, um diese Ausführung zu sichern; 2) wenn im öffentlichen Interesse die Ertheilung der Erlaubniß zur Benutzung der Erfindung an Andere geboten erscheint, der Patentinhaber aber gleichwohl sich weigert, diese Erlaubniß gegen angemessene Vergütung und genügende Sicherstellung zu ertheilen" (§ 11).

---

lische Werke sind,) der Vorbehalt der gesetzlichen Rechte nichts weiter als das Uebersetzungsrecht.

[25]) Bei dramatischen Werken muß die vollständige Uebersetzung binnen einem halben Jahre erschienen sein.

[26]) Da die Uebersetzung erst in 3 Jahren vollendet zu sein braucht, so ist er also unter Umständen 8 Jahre nach dem Erscheinen des Originalwerks geschützt.

[27]) Dambach S. 76.

8. Ein weiterer Schutz als der durch das Gesetz gewährte kann gegenwärtig nicht mehr durch Privilegien ertheilt werden (Ges. v. 11. Juni 1870 § 60, v. 9. Jan. 1876 § 19, v. 25. Mai 1877 § 41).

III. § 163. Das Recht am Namen und am Zeichen.

Dem Urheberrecht verwandt sind das Recht einer Person an ihrem Namen und das Recht eines Kaufmanns auf den ausschließlichen Gebrauch seines kaufmännischen Namens (Firma) und des von ihm gewählten Zeichens zur Unterscheidung seiner Waaren im gewerblichen Verkehr[1]).

I. Der Erwerb des Namens[2]) wird durch Sätze des öffentlichen Rechts bestimmt, welche zum Theil kodifizirt sind, zum Theil auf einem allgemeinen, unzweifelhaften Gewohnheitsrecht beruhen. Entgegengesetzt den Römischen Grundsätzen (c. un. C. IX. 25) kann nach unserm Recht eine Person den Geschlechtsnamen, welchen sie einmal erworben hat, nicht willkürlich ohne staatliche Genehmigung ändern[3]). Im allgemeinen wird der Name durch die Geburt erworben; das eheliche Kind erlangt den Namen des Vaters, das uneheliche den der Mutter[4]). Dieser angeborene Name wird durch Beilegung von Vornamen seitens der Angehörigen specialisirt. Er kann sich im Verlaufe des Lebens ändern, durch Verheirathung, indem die Ehefrau im allgemeinen den Namen des Ehemanns annimmt[5]), ferner durch Legitimation oder durch Adoption, oder dadurch, daß der Staat einer Person auf ihren Antrag einen andern Namen

---

[1]) Klostermann S. 214 sagt, die Firma und das Waarenzeichen stelle sich als Ausdruck der Persönlichkeit dar.

[2]) Einert Erörterungen einzelner Materien des Civilrechts, 2. Ausg. 1846 S. 75—134 (über das Recht der Namensführung und der Namensänderung); R. Hermann das Recht der Namensführung und der Namensänderung in d. Arch. f. civ. Praxis XLV. 1862 S. 153—169, 315—341; vgl. auch v. Gerber Privatrecht § 34 N. 1.

[3]) Hermann S. 160 ff. Preuß. Ldr. II. 20. § 1440b; weitere Bestimmungen des Preuß. und Französ. Rechts bei Hermann S. 168 f.

[4]) Partikuläre Ausnahmen für die unehelichen Kinder vgl. unten im Familienrecht.

[5]) Preuß. Ldr. II. 1. § 741, 742, 874.

beilegt. Auch giebt es einzelne Fälle, in denen eine Person eine gewisse Disposition über ihren Namen hat, indem sie zwischen zwei Namen wählen kann, so die geschiedene Frau, eine unehelich geschwängerte Frauensperson, der von einem Bürgerlichen adoptirte Adlige oder überhaupt der Adoptirte[6]). Indessen sind doch auch hier die Grenzen des Wahlrechts zu enge gezogen, als daß man ein Privatrecht am Namen behaupten dürfte. Aber in einzelnen Partikularrechten kommt die Auffassung zur Erscheinung, daß Jeder Andern verbieten dürfe denselben Namen unbefugt zu führen, und daß der Name Gegenstand des Prozesses werden könne[7]).

Freilich hat Niemand in dem Sinn ein ausschließliches Recht auf seinen Namen, daß ihn nicht auch andere Personen führen könnten, welche ihn in Folge von Geburt oder Verheirathung besitzen oder durch Namensänderung von der Staatsgewalt beigelegt erhalten haben. Es kann Jemand ein Interesse daran haben, daß sein Name nicht von einem Andern angenommen werde und er kann dies Interesse bei der Obrigkeit geltend machen, wenn dieselbe den betreffenden Namen einem Andern ertheilen will, aber er hat im allgemeinen kein Recht denselben von dem Gebrauch des Namens auszuschließen[8]).

Dagegen geben einzelne Partikularrechte dem Ehemann die

---

[6]) Preuß. Ldr. II. 1. § 741, 1045 (1057), II. 2. § 685, Sächs. Ges. B. § 1796.

[7]) Einert und v. Gerber a. a. O. leugnen, daß der Name ein Privatrecht sei; und an v. Gerber schließt sich auch v. Ihering Geist III. 1. S. 340 N. 464 (3. Aufl.) an: „solche Interessen wahrt die Verwaltungsbehörde." — Entgegengesetzter Ansicht sind Hermann S. 318 ff. und Thon Rechtsnorm und subjektives Recht 1878 S. 153 N. 13.

[8]) Preuß. Ldr. II. 2. § 688, 689: „Hat eine Person weiblichen Geschlechts Jemand an Kindesstatt angenommen: so erhält derselbe den Geschlechtsnamen der Mutter und den Stand zu welchem dieselbe zur Zeit der Annahme gehört hat. Der Name und Stand des gewesenen Mannes kann einem solchen Kinde nur unter besonderen Umständen, welche die Besorgniß eines Widerspruchs von der Familie des Mannes ausschließen, und nur durch ausdrückliche Landesherrliche Begnadigung beigelegt werden." — Nach dem französ. Gesetz v. II. Germinal des I. XI. macht die Obrigkeit die beabsichtigte Namensänderung bekannt und kann innerhalb eines Jahres Einspruch erhoben werden pour obtenir la révocation de l'arrêté autorisant le changement de nom. — Vgl. auch Ges. f. Baden v. 16. Dezb. 1875.

Befugniß seiner geschiedenen schuldigen Ehefrau die Führung seines Namens zu verbieten[9]), und andererseits nehmen die Gerichte zum Theil an, daß eine Person einer andern es verbieten darf, unbefugt deren Namen zu führen, und daß sie diesen Anspruch im Prozeß durchführen kann[10]).

II. Die Firma, der kaufmännische Name ist durch das Handelsgesetzbuch für ganz Deutschland als Privatrecht anerkannt worden; sie kann veräußert und sonst Gegenstand von Rechtsgeschäften werden. Der zur Führung einer Firma berechtigte kann von Jedem verlangen, daß er sich der gleichen Firma enthalte, und auch ganz abgesehen davon, ob durch die unbefugte Führung der Firma Schaden entstanden ist oder nicht, seinen Anspruch im Civilprozeß durchsetzen[11]).

III. Dem Recht an der Firma ist zur Seite zu stellen das Recht der Gewerbetreibenden, Zeichen, Marken zur Unterscheidung ihrer Waaren zu führen[12]).

Bekanntlich war es in alter Zeit ein weitverbreiteter, in der mannigfaltigsten Anwendung begegnender Gebrauch, daß einzelne Personen aus geraden oder krummen Strichen zusammengesetzte Zeichen (Handzeichen, Hausmarken) führten, dieselben auf ihrem beweglichen und unbeweglichen Gut anbrachten und auf Urkunden

---

[9]) Preuß. Ldr. II. 1. § 742, Seuffert XVII. 58 (München).

[10]) Seuffert VI. no. 6 (Darmst.): ein Mitglied einer adligen Familie kann im Prozeß verlangen, daß derjenige, welcher unbefugt denselben adligen Namen (mit Wappen und Siegel) führt, sich desselben zu enthalten habe. — Dasselbe auch ohne Bezug auf den Adel Seuffert XVII. no. 3 (München). — Seuffert XIX. no. 114: der Vater kann es verbieten, daß sein unehelicher Sohn seinen Namen führt. — Seuffert XVIII. no. 44 (Jena): der Vertrag, durch den der uneheliche Vater der Mutter gegenüber darein gewilligt hat, daß sein Kind seinen Namen führe, ist gültig.

[11]) Die genaueren Grundsätze über die Firma gehören in das Handelsrecht; vgl. Handelsgesetzbuch art. 15 ff., auch Markenschutzgesetz v. 30. Nov. 1874 § 13. — Besonders H.G.B. art. 27: „Wer durch den unbefugten Gebrauch einer Firma in seinen Rechten verletzt ist, kann den Unberechtigten auf Unterlassung der weiteren Führung der Firma und auf Schadensersatz belangen.“ Ueber die strafrechtliche Verfolgung vgl. § 13 des Markenschutzgesetzes, durch welchen Str.GB. § 287 ersetzt ist; vgl. auch Reichsges. v. 26. Febr. 1876 art. V. S. 38.

[12]) Ueber das geschichtliche vgl. G. Dietzel das Handelszeichen und die Firma, in Bekker's und Muther's Jahrbuch IV. 1860 S. 227—308 und Homeyer die Haus- und Hofmarken 1870.

statt ihres Namens oder neben denselben zeichneten. Solcher Zeichen bedienten sich auch Kaufleute, Handwerker und sonstige Gewerbetreibende, um die ihnen gehörigen oder von ihnen gefertigten oder in Verkehr gebrachten Waren zu bezeichnen[13]).

Das Zeichen konnte frei gewählt werden unter der Voraussetzung, daß nicht bereits ein Anderer in demselben Bezirk es besäße[14]), war vererblich[15]) und ging bei Veräußerung in ähnlicher Weise wie die Firma auf den Successor über[16]). Während es regelmäßig im Belieben der Gewerbtreibenden stand, ihren Waren durch ein Zeichen die Beglaubigung zu ertheilen[17]), galt für einzelne Klassen derselben ein Zwang dazu[18]). An seiner Marke hatte deren Führer ein ausschließliches Recht, — man sprach von einem Eigenthum am Zeichen oder an der Zeichenführung, von einer rei vindicatio, einem interdictum uti possidetis rücksichtlich des Rechts[19]), — er konnte Andern den Gebrauch derselben Marke untersagen und die Bestrafung dessen verlangen, welcher sie unbefugt führte[20]).

---

[13]) Homeyer S. 172 ff., 175 ff., 266 ff., 277 ff., 280 ff.

[14]) Homeyer S. 274, 301 ff., Dietzel S. 240 ff.

[15]) Homeyer S. 314, Dietzel S. 259 f.

[16]) Homeyer S. 194, 313, 315 ff., Dietzel S. 260 f., 273 ff.

[17]) Homeyer S. 339.

[18]) Homeyer S. 336 ff.

[19]) Homeyer S. 306, 310.

[20]) Dietzel S. 240 ff., 243 f., Homeyer S. 307 f., 311 f.

Für das Recht der Zeichenführung sind 2 Nürnberger Urkunden v. 1515 und 1525 interessant, welche erst neuerdings im Anzeiger für Kunde deutscher Vorzeit 1877 S. 333 f. publicirt sind. Nach der ersten veräußert vor offem sitzendem gericht beim Aufgeben des Handwerks die Wittwe eines Messerschmidts das Zeichen (einen Bischofsstab), welches laut eines gerichtlichen briffs v. J. 1485 ihm und seiner Frau zustand; für die Summe von 7 Gulden verkauft sie das Zeichen eins auffrechten ewigen endlichen unwiderruflichen kauffs einem Bürger zu haben, zunutzen, zuniessen, zugebrauchen und auff sein klingen zu schlahen, auch damit zuthun und zulassen, wie und was er will. — Die andere Urkunde berichtet von dem Streit der Kinder eines Scheermesserschmidts aus verschiedenen Ehen über die Führung des Zeichens (ein Hufeisen) ihres verstorbenen Vaters: gemäß dem Testament des Vaters solle der älteste Sohn das Zeichen führen und seine Geschwister durch Zahlung von 100 Gulden entschädigen; stirbt er ohne Erben, so fällt das Zeichen one entgelt an seine Geschwister.

Während der Gebrauch des Zeichens im übrigen in Abnahme kam, ist das Markenrecht für Waren und Fabrikate in Deutschland und in andern Ländern durch eingehende Gesetze geregelt worden, unter denen gegenwärtig besonders in Betracht kommen das Oesterr. Markenschutzgesetz vom 7. Dez. 1858 und das deutsche Reichsgesetz vom 30. Novbr. 1874[21]). Letzteres (§ 20) schützt nach den Grundsätzen der Reciprocität unter gewissen Voraussetzungen auch ausländische Warenzeichen, wenn sie beim Leipziger Handelsgericht angemeldet sind[22]).

Gewerbtreibende, deren Firma im Handelsregister eingetragen ist, können sich ein Zeichen (eine Marke) wählen, welches „zur Unterscheidung ihrer Waren von den Waren anderer Gewerbetreibender auf den Waren selbst oder deren Verpackung angebracht" wird (§ 1). Das Zeichen darf um geschützt zu sein, weder „ausschließlich in Zahlen, Buchstaben oder Worten bestehen", noch „öffentliche Wappen oder Aergerniß erregende Darstellungen enthalten" (§ 3)[23]).

Der Gewerbtreibende erlangt die Berechtigung zur ausschließlichen Führung eines Zeichens durch Anmeldung desselben beim Handelsgericht des Orts seiner Hauptniederlassung, worauf es neben seiner Firma im Handelsregister eingetragen wird (§ 1—4, 8, 9); wenn keine Erneuerung stattfindet, erlischt es nach 10 Jahren (§ 6).

Das Recht am Zeichen wird erworben durch die Anmeldung; die Eintragung beurkundet nur den Erwerb[24]). Eine Prüfung, ob

---

[21]) Dazu die Ausführungsverordnung des Reichskanzlers vom 8. Febr. 1875. Ueber das Reichsgesetz Endemann in Busch Archiv XXXII. 1875 S. 1—98 (auch separatim erschienen), Thöl Handelsrecht § 209. — Ueber die Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland und andern Ländern Klostermann geist. Eigenthum I. S. 67 f., 99, 215 ff., Patentgesetzgebung aller Länder 1876 S. 430 ff., 449 ff.

[22]) Ueber die Staaten, zu denen dies Reciprocitätsverhältniß besteht, Thöl § 209 N. 20; vgl. auch noch Goldschmidt Ztschr. XX. S. 133 f., XXI. S. 153, 251 f.

[23]) Vgl. auch Oesterr. Ges. § 3. — Während das Reichsgesetz unterscheidet die Bezeichnung von Waren „mit einem nach Maßgabe dieses Gesetzes zu schützenden Warenzeichen" und „mit dem Namen oder der Firma", betrachtet Thöl auch die eingetragenen Firmen und Namen der Inhaber „als Marken".

[24]) Endemann S. 40 f., Thöl § 209 N. 27.

das Zeichen bereits einer andern Firma gehört, insbesondere ob es etwa in demselben oder in einem andern Handelsregister eingetragen ist, wird von Seiten der Behörde nicht unternommen. Vielmehr ist es Sache dessen, welcher ein besseres Recht an dem Zeichen hat, den Andern von der Benutzung desselben auszuschließen und durch Klage die Löschung des Zeichens zu erzwingen (§ 11). Melden mehrere Personen dasselbe Zeichen an, so geht derjenige vor, dessen Anmeldung die frühere ist, selbst wenn vielleicht das vom Andern angemeldete Zeichen früher eingetragen wird (§ 8)[25].

Das Recht am Zeichen ist ein subjektives Recht des Berechtigten. Es giebt ihm

1. das Recht auf Löschung der widerrechtlich eingetragenen Marke zu klagen (§ 11),

2. die Befugniß gegen diejenigen, welche ihre Waren widerrechtlich mit seinem Warenzeichen versehen oder mit solchen Waren Handel treiben, „im Wege der Klage zu beantragen, daß sie für nicht berechtigt erklärt werden, diese Bezeichnung zu gebrauchen", resp. diese Waren in Verkehr zu bringen und feil zu halten, und daß ihnen der weitere Gebrauch der Marke untersagt wird (§ 13)[26]. Er hat diese Klage gleichviel, ob er Schaden erlitten hat oder nicht; denn auch ohne Beschädigung enthält die Annahme des fremden Zeichens eine Rechtsverletzung.

3. Er hat das Recht auf Strafverfolgung (Geldstrafe von 150 bis 3000 Mark) und auf Schadensersatz gegen denjenigen, welcher wissentlich seine Waren mit dem fremden Zeichen widerrechtlich versehen hat oder solche Waren wissentlich in Verkehr bringt; falls

---

[25]) Die Uebergangsbestimmung des § 9, wonach auf ein bis Anfang 1875 im Verkehr gebrauchtes Zeichen, wenn es vor dem 1. Oktob. 1875 angemeldet ist, Niemand ein Recht erwerben kann, reicht nicht hin; denn es fehlt an einer Bestimmung darüber, was zu gelten hat, wenn thatsächlich zwei verschiedene Personen dasselbe Zeichen führten und vor der betreffenden Zeit anmeldeten. Ueber einen solchen Fall vgl. Entsch. des ROHGer. XX. S. 353—373; es soll dann beiden das Recht auf das Zeichen gebühren S. 365 ff.

[26]) Endemann S. 73 ff. behauptet, daß lediglich eine Präjudizialklage gewährt sei und das Gericht nicht den ferneren Gebrauch der Marke untersagen könne; vgl. dagegen Thöl N. 34—36.

Strafverfolgung eingetreten ist, kann er statt jeder Entschädigung die Zahlung einer Buße bis zum Betrage von 5000 Mark fordern (§ 14, 15).

4. Er hat ein Recht auf Beseitigung der Zeichen an den betreffenden Waren, resp. auf Vernichtung der Verpackung oder der Waren selbst (§ 17).

Drittes Buch.

Forderungsrecht.

---

§ 164. Einleitung.

1. Die Deutschen besaßen auch vor der Reception der fremden Rechte über das Recht der Forderungen zahlreiche Grundsätze, welche den Bedürfnissen des Verkehrs entsprachen. Da aber, was obligatorische Verträge anbetrifft, abweichend von der römischen Auffassung, der übereinstimmende Wille der Vertragschließenden den Inhalt des Vertrages für sie verbindlich machte und es einerseits keinen allgemeinen Formalvertrag wie die römische Stipulation gab, und andererseits nicht bloß bestimmten Verträgen mit materieller causa debendi die Klagbarkeit zugeschrieben wurde, so fehlte es an einer Veranlassung, die einzelnen Vertragsarten ihrem Inhalt nach plastisch auszubilden und festen Regeln zu unterwerfen. Man überließ es den Contrahenten das einzelne Rechtsverhältniß durch ihre Verabredungen bestimmt zu normiren. Dagegen ist das ältere Recht reich an Grundsätzen über allgemeinere, das ganze Obligationenrecht umfassende Fragen, über Gültigkeit, Form, Beweis der Verträge, über den Uebergang der Forderungsrechte, Schadensersatz u. s. w.[1]).

2. Mit der Reception des Römischen Rechts erhielt man für die einzelnen Verträge feste Regeln, welche das einheimische Recht in willkommener Weise ergänzten und großentheils dem nationalen Recht keinen Zwang anthaten. Denn es blieb den Parteien nach wie vor unbenommen, ihr konkretes Vertragsverhältniß durch

---

[1]) Gegen die früher vielfach verbreitete Ansicht, daß es in Deutschland vor der Reception kein eigentliches Obligationenrecht gegeben habe, Stobbe zur Geschichte des d. Vertragsrechts 1855 Vorrede.

besondere Verabredungen zu normiren. Auch waren die römischen Sätze vielfach nur der Ausdruck dessen, was auch in Deutschland als angemessen und zweckmäßig erschien, so daß sie als eine Fortbildung des deutschen Rechts gelten konnten, welches ohne Aufwand besonderer Kraftanstrengung durch ihre Annahme auf eine höhere Stufe gehoben wurde.

Anders steht es zum Theil mit den allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechts, mit den Sätzen des sg. allgemeinen Theils. Hier stießen spezifisch national-römische Auffassungen feindlich mit den bisherigen Rechtsgedanken des deutschen Volks zusammen. Das Resultat des Kampfes schlug nur beschränkt zu Gunsten des Römischen Rechts aus. Wo ein festes deutsches Gewohnheitsrecht bestand, pflegten sich in der gemeinrechtlichen Literatur Controversen zu entwickeln, bei welchen sich die romanistische und germanistische Auffassung gegenüberstanden. Aber in der Praxis und der Gesetzgebung hat oft die germanistische Richtung die Oberhand gewonnen und die neueste Entwicklung hat in vielen Fragen gegenüber dem spezifisch römischen Recht das deutsche Recht wieder zu Ehren gebracht[2]).

Wo es an der gesetzgeberischen Fixirung fehlt, hat das historisch begründete deutsche Rechtsbewußtsein einen schwereren Stand; denn die romanistische Richtung hat den Buchstaben des in subsidium geltenden Corpus juris für sich, und die germanistische Richtung muß sich ihr gegenüber auf den Nachweis beschränken, daß in einzelnen modernen Codifikationen abweichende Prinzipien zur Geltung gelangt sind und daß die römischen Sätze unserm Bedürfniß und den allgemeinen deutschen oder vielmehr modernen Rechtsüberzeugungen widersprechen. Hier thut eine gründliche Revision durch die Gesetzgebung Noth.

Aber ein anderer Theil der römischen Sätze hat auch bei uns unbedingte Aufnahme gefunden. Aus der Natur der Sache heraus, durch logische Operation hatten die Römer in Wissenschaft und Praxis das Wesen der Obligationen und ihre verschiedenen Funktionen in so allgemein gültiger Weise entwickelt, daß diese Sätze nicht römi-

---

[2]) Noch 1876 schreibt Gengler Privatrecht (3. Aufl.) S. 361: das deutsche Recht ist „völlig von den in den römischen Gesetzbüchern enthaltenen Rechtsprinzipien erfaßt und durchdrungen."

sches, sondern für alle Zeiten und Orte geltendes Recht enthalten. Beim Mangel einer wissenschaftlichen Pflege des deutschen Rechts kamen diese Pandektensätze dem Bedürfniß entgegen: sie bekämpften nicht das deutsche Recht, sondern waren geeignet die Lücken desselben auszufüllen.

3. Einzelne Obligationen aus den Römern unbekannten Rechtsgeschäften, für welche sich zum Theil die Anfänge bis in das älteste Recht hinein zurückverfolgen lassen, verdanken ihre festere Normirung erst der neueren Zeit. Da diese Entwickelung unter Beihülfe oder Controle der romanistischen Wissenschaft erfolgte[a]) und da es sich um Bedürfnisse und wirthschaftliche Zwecke handelt, welche in den verschiedenen Theilen Deutschlands oder auch in den andern modernen Staaten gleichmäßig hervortreten, so herrscht hier vielfach eine größere Gleichartigkeit der Rechtsbildung, als in andern Gebieten unseres Rechts.

4. Für einzelne Theile des Obligationenrechts hat die Reichsgesetzgebung ein neues gemeines Recht geschaffen: so besonders für das Handelsrecht durch die Wechselordnung, das Handelsgesetzbuch und einzelne weitere Reichsgesetze. Wenngleich wir unserm Plan gemäß das Handelsrecht ausschließen, so sind doch die ihm zu Grunde liegenden allgemeinen Sätze, welche ihre Wirkungen vielfach auch in das Civilrecht hinein erstrecken, hier zur Darstellung zu bringen.

5. Den eben aufgestellten Gesichtspunkten gemäß hat die Wissenschaft des deutschen Privatrechts, wie sie zur Zeit neben der Pandektenwissenschaft besteht, hier eine andere Aufgabe, als in den andern Theilen. Da sowohl einzelne Obligationen als auch manche allgemeine Fragen des Obligationenrechts von dem römischen Recht, welches hier eine Weltstellung einnimmt, beherrscht werden, ist vielfach lediglich auf die Pandekten zu verweisen und das Obligationenrecht nur soweit darzustellen, als es sich entweder um gegenwärtig geltende Modifikationen des Römischen Rechts oder um spezifisch deutsche oder moderne Institute handelt. Wir geben kein vollständiges, geschlossenes System des heutigen Obligationenrechts, sondern

---

[a]) Ueber die vergeblichen Versuche diese neuen Rechtsgeschäfte unter römische Formen zu pressen, besonders bei den Innominatkontrakten unterzubringen, Puchta § 218 N. c.

beschränken uns gewissermaßen auf differentiae juris Romani et Germanici. Aber auch nicht jede Abweichung unserer Praxis oder der Codifikationen findet hier Berücksichtigung, sondern nur was im neueren Recht entweder auf einer Nachwirkung altgermanischer Prinzipien beruht, oder sich als moderne Rechtsüberzeugung in — ich möchte sagen — überwältigender Weise Geltung verschafft hat. Kleinere, isolirte Differenzen sind entweder als Modifikationen des Römischen Rechts dem Pandektenrecht oder dem Partikularrecht zuzuweisen.

6. Der Kreis der Entstehungsgründe der Obligationen ist kein festgeschlossener und es hängt von der Gestaltung des positiven Rechts ab, in welchem Umfange noch weiter als aus Verträgen oder Delikten Obligationen hervorgehen. Es trifft auch heute zu, was Gajus sagte: obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris (L. 1. pr. D. XLIV. 7.). Wenn wir nun im folgenden die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts entwickeln, so haben wir dabei hauptsächlich die Obligationen aus Verträgen im Auge, stellen doch aber der Zweckmäßigkeit wegen zugleich auch dasjenige daneben, was sich auf Obligationen aus andern Entstehungsgründen bezieht[4]).

Erste Abtheilung. Allgemeine Grundsätze.

§ 165. Die altdeutschen Verträge.

1. Die Römer hatten einen generellen Formalvertrag, die Stipulatio, in welche jeder beliebige Vertragsinhalt aufgenommen werden konnte, und behandelten außerdem nur gewisse Vertragsarten als klagbar, bei denen entweder der formlose Consensus oder die Uebergabe einer Sache die Klagbarkeit gab; sonstige Verträge waren gültig, aber nicht klagbar und erst allmählich wurde auf einzelne von ihnen die Klagbarkeit ausgedehnt.

---

[4]) Wir bemerken noch einmal, daß wir kein System des Obligationenrechts zu geben beabsichtigen.

Das deutsche Recht hat einen ähnlichen Ausgangspunkt genommen, nur daß, was die Römer für die Klagbarkeit, die Deutschen für die Gültigkeit des Vertrags forderten. Jeder gültige Vertrag ist nach deutschem Recht regelmäßig auch klagbar, der römische Unterschied von contractus und pactum existirt im allgemeinen nicht. Wer gegen den Andern einen Anspruch hat, kann ihn sowohl durch Klage wie durch Einrede geltend machen. Aber der formlos geschlossene Vertrag, der einfache Consensualvertrag war weder gültig noch klagbar. Es gab im alten Recht verschiedene Wege, auf denen die Uebereinstimmung des Willens zur verbindenden Kraft gebracht werden konnte[1]).

a) Der in feierlicher Form sich aussprechende Wille der beiden Contrahenten ist für sie bindend. Das einfach gesprochene Wort reicht nicht hin, um eine Verbindlichkeit zu erzeugen; die Ernstlichkeit des Willens soll in symbolischer oder sonst formeller Weise hervortreten. Formlose und unerfüllte Beredungen waren nur Traktate, welche keine Partei binden. Formell bindend erklärt seinen Willen, wer zu dem Andern, dem er verpflichtet sein will, nicht bloß redet, sondern ihm ein Symbol, eine festuca, ein wadium, eine arrha, eine Urkunde, auf welcher seine Verpflichtung verzeichnet werden soll[2]),

---

[1]) Allgemein verbreitet war die Ansicht, daß nach älterm Recht alle formlosen Verträge gültig waren, und ich selbst habe dieselbe (Zur Geschichte des deutschen Vetragsrechts 1855 S. 1 ff.) zu begründen versucht. Die entgegengesetzte, oben im Text vertheidigte Ansicht ist später gleichzeitig von Sohm Recht der Eheschließung 1875 S. 24 ff. und von mir: Reurecht und Vertragsschluß nach älterem deutschen Recht (zuerst in 2 Abtheilungen als Leipziger Dekanatsprogramm Februar und Mai 1876, dann mit kleinen Aenderungen und Erweiterungen in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. XIII. 1877 S. 209—259 erschienen) entwickelt worden. Ich berufe mich auf diese Schrift, wo zahlreiche Belege für die obige Ausführung zusammengestellt sind. Vgl. sodann Val de Lièvre Launegild und Wadia. 1877 (für Langobardisches Recht), Brunner in Goldschmidt's Ztsch. XXII. 1877 S. 551 ff. und Panofsky die Verträge zu Gunsten Dritter. Berlin 1877 S. 18 ff.

[2]) Ueber den letzten Punkt vgl. Brunner S. 551 ff.: die Urkunde wird Vertragssymbol und hat daneben die Bedeutung des Beweismittels. Vgl. auch Brunner Carta und notitia (in den Festgaben für Mommsen) 1877 S. 8 ff., 13; S. 11: „Was tradirt wird, ist nicht Urkunde im Rechtssinn, sondern Urkundenmaterial. Damit aus dem übergebenen Pergament eine Carta werde, ist

ausliefert[3]), oder eine kleine Geldsumme (arrha, denarius Dei, denarius sancti spiritus, Gottespfennig, Heiligergeistpfennig, Haftpfennig) zahlt, oder durch Handschlag sein Versprechen bekräftigt, oder sich besonders feierlicher Worte, wie beim Eide unter althergebrachten Formen bedient.

b) Die Beredung der Parteien kann dadurch für sie bindende Kraft erlangen, daß sie zu ihrer Abschließung Zeugen zuziehen und sich mit ihnen nach der Vertragsfestsetzung zu einem gemeinschaftlichen Mahl oder Trunk niederlassen (litkauf, leikauf, mercipotus, Weinkauf)[4]). Vor dem Litkauf existirten nur Traktaten, durch das Mahl wird bekundet, daß die Verhandlungen zum Schluß gediehen sind, daß volle Einigkeit hergestellt und das Geschäft abgeschlossen ist. Der Litkauf läßt aber nicht bloß den Vertrag entstehen; er ist auch von größter Bedeutung für den Beweis, indem, wer später den Vertragsschluß leugnet oder die Behauptung des Gegners über den Inhalt des Vertrages bestreitet, mit den Litkaufleuten überführt wird[5]).

Dem Abschluß vor Zeugen steht in den Wirkungen die gericht-

---

ein zwiefaches erforderlich, die Handfestung roboratio oder manufirmatio und die Vollziehung der Urkunde durch den Schreiber oder Notar."

Ueber die wadia nach langobardischem Recht vgl. Val de Liévre besonders S. 124 ff., 153 ff., 188 ff., 216 f., gegen den sich theilweise erklärt Brunner bei Goldschmidt S. 511 N. 3.

[3]) Ein Vertrag, bei welchem der Wille durch Uebergabe eines Symbols als bindend erklärt wird, ist kein Realvertrag, sondern ein unter Anwendung solenner Formen abgeschlossener Consensualvertrag. — Ehrenberg Commendation und Huldigung 1877 sieht in der Handreichung bei Begründung eines Commendationsverhältnisses bald eine symbolische Tradition der Dienstfähigkeit (S. 39), bald „ein in Form der Sachtradition abgegebenes Versprechen auf Leistung ungemessener Dienste" (S. 49), „einen Formalvertrag geschlossen in den Formen des Tauschvertrages" (S. 95), bald „einen Realkontrakt" (S. 90), „einen Tausch, Sachleistung gegen Sachleistung, Zug um Zug" (S. 93, 98), bald „eine symbolische Erfüllung" (S. 95); kraft Realkontrakts d. h. durch Gabe von Seiten des Senior, ist der Vasall verpflichtet „und leistet dieser Pflicht zunächst symbolisch Genüge, nämlich durch die Handreichung." (S. 101.)

[4]) Stobbe S. 231 ff. — Später gab man den Zeugen statt des Mahls eine kleine Summe, ein Trinkgeld, einen trocknen Weinkauf, wie später auch die arrha manchmal litkauf genannt wird, S. 234 f.

[5]) Stobbe S. 235 ff.

liche Schließung des Vertrags gleich, welche man besonders häufig wählte, wo es sich um ökonomisch wichtige Verträge handelte[6]).

c) Mit diesen Grundsätzen hätte der gewöhnliche Verkehr nicht bestehen können; sie waren unmöglich bei jedem Verkaufsgeschäft von geringem Umfange zur Anwendung zu bringen. Daher war auch der formlose Vertrag für beide Parteien bindend, sobald er von einer Seite ganz oder theilweise erfüllt war. Der Leistende bringt durch seine Leistung die Verbindlichkeit thatsächlich zur Anerkennung und der Empfänger erklärt durch Annahme der Leistung sich mit dem Bestehen des Vertragsverhältnisses einverstanden. So wird z. B. der Kaufvertrag bindend, wenn der Verkäufer die Sache übergiebt oder der Käufer den Kaufpreis oder einen Theil desselben bezahlt. Unter diesen Gesichtspunkt fällt auch die arrha, wenn sie in einer Anzahlung des Käufers besteht, oder die Uebergabe eines Pfandes[7]).

Es gilt hier also ein ähnliches Prinzip, wie bei den römischen Real- und den Innominatkontrakten: wer eine an sich nicht bindende Vertragsberedung erfüllt, erlangt gegen denjenigen, welcher die Erfüllung entgegennahm, ein Recht und eine Klage auf Erfüllung. Von den Innominatkontrakten unterscheiden sich aber die deutschen Verträge dadurch, daß wer geleistet hat, nur eine Klage auf Gegenleistung hat und nicht wählen darf, ob er die Gegenleistung oder Rückgabe des Geleisteten fordern will.

2. Neben diesen in vielen Quellen des frühen und späten Mittelalters im Süden und im Norden geltenden Grundsätzen lief aber im spätern Mittelalter eine freiere Richtung einher, wonach, wer einem Andern etwas versprochen hat, gleichviel unter welchen Formen, sein Wort halten muß: die Paciscenten sind auf Grund des gegenseitig erklärten Consenses gebunden; auch formlos geschlossene Verträge sind bindend, alle Verträge sind Consensualverträge[8]). Ganz besonders gelangten diese Prinzipien seit der Re-

---

[6]) Höchst übertrieben ist Gengler's (Privatrecht 3. Aufl. S. 362) Behauptung, daß man „fast regelmäßig" der Beweisführung wegen „die Ausfertigung einer Urkunde oder die Abschließung im Gericht wählte."

[7]) Stobbe S. 245 f.

[8]) Sachsensp. I. 7: Sve icht borget oder lovet, die sal't gelden, unde

ception des Römischen Rechts zu allgemeiner Anerkennung[9]). Man war darüber einverstanden, daß sich die Stipulation als den deutschen Sitten widersprechend nicht einführen lasse[10]) und daß wegen der entgegenstehenden deutschen Rechtsauffassung der Unterschied von contractus und pactum fallen zu lassen sei. Es handelte sich nur darum, ob das gesammte römische Kontraktssystem mit seinen verschiedenen Kategorien zu Folge des Consensualprinzips zu beseitigen, oder ob noch einzelne derselben aufrecht zu erhalten seien.

§ 166. Das römische Contraktssystem im gegenwärtigen Recht.

I. Da das deutsche Recht im allgemeinen jedes obligatorische Recht mit einer Klage ausstattet[1]), hat der römische Gegensatz von obligationes civiles und naturales großentheils seine Bedeutung verloren;

---

svat he dut, dat sal he stede halten. Wil he is aver versaken dar na, he untvort it ime mit sinem ede, svat he vor gerichte nit gelent ne hevet. Svat he aver vor gerichte dut, des vertüget en de sakeweldige mit tven mannen unde de richter sal de dridde sin (Stobbe S. 215—217, 249 f.); vgl. auch Witte in d. Ztschr. f. RG. VI. S. 457 ff. — Nach dem Sachsenspiegel verpflichtet auch der formlose Vertrag; aber der Beklagte befindet sich in der prozessualen Lage, den Abschluß des Vertrages eidlich ableugnen zu können. — Irrig sagt Gengler S. 362, daß die Verbindlichkeit nur eine moralische gewesen sei.

[9]) Stobbe S. 249 f. — Einzelnes zur Dogmengeschichte über die allgemeine Klagbarkeit der Verträge bei Bähr Anerkennung S. 294 N. 13. — Irrig war die früher allgemeine Behauptung (Savigny, Puchta u. A.), daß sich dieselbe erst zufolge der Reception entwickelt habe, vgl. dagegen Stobbe z. G. des deutschen Vertragsrechts S. 8 ff. und Behrend in Goldschmidt's Ztschr. XXI. S. 585. — Gelegentlich glaubte man allerdings das Prinzip aus dem Röm. Recht herleiten zu können, vgl. über das Württ. Ldr. Wächter I. S. 492.

[10]) Freilich wurde auch dies gelegentlich versucht, Beseler Erbverträge II. 1. S. 38, Stobbe Vertragsrecht S. 6 N. 6. — Nach dem Wildenburger Ldr. II. 4. § 1 soll ein Tauschvertrag nicht eher kräftig sein, als bis der eine die getauschte Habe liefere oder sich zum Tausch „mit Frag und Antwort per stipulationem verpflichte“; einige andere Stellen unten § 166 N. 13.

[1]) Darüber, daß wer auf eine fremde Sache Verwendungen macht, ohne die Absicht den Vortheil des Eigenthümers wahrzunehmen, seinen Ersatzanspruch nicht bloß, wie nach Röm. Recht durch eine Retentionseinrede, sondern auch durch

die meisten Fälle der letzteren sind unpraktisch[2]). Indessen erkennt doch auch noch unser neueres Recht, wenngleich in beschränkterem Maßstabe (moralische) Verbindlichkeiten an, welche nicht durch Klage verfolgt werden können, aber doch nicht jeder rechtlichen Wirkung entbehren[3]). Wie weit aber diese Wirkung geht, ob der Schuldner nur ihre Erfüllung später nicht zurückfordern darf, oder ob sie auch durch Einrede, insbesondere compensando geltend gemacht werden können, läßt sich nicht allgemein beantworten, sondern ist für die verschiedenen Fälle in Praxis und Partikularrechten verschieden normirt.

Das preußische Landrecht I. 16. § 178, 179 z. B. stellt das Prinzip auf, daß wer eine moralische Verbindlichkeit erfüllt, auch wenn er sich im Irrthum befand und glaubte, juristisch zur Erfüllung verpflichtet zu sein, das Geleistete nicht zurückfordern darf[4]), wogegen nach dem Code civil art. 1235 die Rückforderung nur dann ausgeschlossen ist, wenn volontairement erfüllt worden ist.

Und was einzelne Fälle angeht, so darf, wenngleich Spielschulden nicht eingeklagt werden können, doch der im erlaubten Spiel bezahlte Verlust nicht zurückgefordert werden (vgl. unten § 194 N. 29); gleiche Grundsätze gelten wegen des für den Beischlaf versprochenen resp. gezahlten Lohns[5]); der Lotterieunternehmer kann

---

Klage geltend machen konnte, vgl. Stobbe Beiträge zur Geschichte des deutschen Rechts S. 60 ff., wo sich Belege aus dem Mittelalter finden, und Preuß. Ldr. I. 13. § 262, Sächs. Ges. B. § 318.

[2]) Wächter II. S. 483 ff., Windscheid § 289 N. 4. — Zu weit geht Falck IV. S. 76 N. 41 und Flach Entscheidungen III. S. 57 ff., welche behaupten, daß der Begriff der obligatio naturalis dem geltenden Recht fremd sei; auch Förster I. § 50 N. 1 sagt: „Das Preuß. Recht kennt nicht klaglose Rechte, die doch noch Rechte sein sollen. Die obligatio naturalis existirt nicht.“ Doch wird dies § 61 N. 25 ff. bedeutend eingeschränkt.

[3]) Ueber einzelne Fälle unten im Familienrecht. — Im Würtemb. Recht blieb der Fall des Sctum Macedonianum bestehen und wurde noch neu der Fall der Zechschulden hinzugefügt, v. Wächter II. S. 485.

[4]) Vgl. auch Oestr. GB. § 1432. Schweizer Obligat. R. art. 72: „Wurde eine Nichtschuld freiwillig bezahlt, so ist die Rückforderung nur dann statthaft, wenn der Zahlende nachzuweisen vermag, daß er sich über seine Schuldpflicht im Irrthum befunden habe. Ausgeschlossen ist die Rückforderung, wenn die Zahlung für eine verjährte Schuld oder in Erfüllung einer sittlichen Pflicht geleistet wurde.“

[5]) Busch Darstellung der Rechte geschwächter Frauenspersonen. Ilmenau 1828 S. 190 ff.

den kreditirten Einsatz nicht einklagen, aber gegen den auf das Loos fallenden Gewinn kompensiren (Preuß. Ldr. I. 11. § 557, 558); eine Frauensperson, welche ohne Rücksicht auf die weiblichen Rechtswohlthaten eine Verbindlichkeit erfüllt, darf das Geleistete nicht zurückverlangen (Preuß. Ldr. I. 14. § 243, 411); der Konkursschuldner, welcher im Akkordverfahren von einer Quote seiner Verbindlichkeit befreit ist, hat keine condictio indebiti, wenn er sie ganz getilgt hat[6]) u. s. w.

Zu diesen Fällen kommt aber in mehreren Partikularrechten noch eine ganze Kategorie von obligationes naturales hinzu, indem sie vorschreiben, daß gewisse Verträge in bestimmter Form eingegangen werden sollen, diese Vorschrift aber in dem Sinne aufstellen, daß die Form der Klagbarkeit, nicht der Gültigkeit wegen erforderlich sei. Hier bestehen also ohne Beobachtung der Form klaglose Obligationen; sind sie erfüllt, so kann das geleistete nicht zurückverlangt werden (vgl. darüber unten § 173 VI).

Besonders bestritten ist es in der gemeinrechtlichen Literatur, ob, wenn eine Obligatio durch Verjährung klaglos geworden ist, noch eine obligatio naturalis zurückgeblieben sei oder nicht[7]). Die meisten Partikularrechte und auch viele neuere Schriftsteller erklären, daß durch die Verjährung nicht nur die Klage, sondern überhaupt das Forderungsrecht zerstört sei[8]), z. B. Sächs. Gesetzbuch § 170: „Bei Klagen aus Forderungen werden mit der Verjährung die letzteren selbst wirkungslos“[9]). Indessen ist wenigstens nach manchen Parti-

[6]) Er ist für die ganze Schuld moralisch verbunden, Entsch. des ROH.-Ger. VIII. S. 279 ff.

[7]) Reiche Literaturangaben bei Windscheid § 112 N. 3—5; vgl. außerdem noch Haubold § 276 N. b, Falck a. a. O. (vgl. N. 2), Schmidt Vorlesungen I. S. 140 f., Thöl Wechselrecht § 332 und besonders Unger II. S. 435 ff.

[8]) Die Citate aus den neueren Gesetzbüchern am vollständigsten bei Bekker in s. Jahrb. IV. 438; vgl. auch N. 4.

[9]) Demgemäß sind auch die über die Forderung ausgestellten Urkunden zu ihrem Erweise unbrauchbar. Daraus folgt, daß man nach Verjährung der Wechselforderung die Wechselurkunde, wenn sie zugleich die Requisite einer gewöhnlichen Schuldurkunde hat und die causa debendi angiebt, nicht etwa zur Einklagung der Schuldforderung gebrauchen darf. Die verjährte Wechselurkunde ist jetzt nicht etwa Anweisungsurkunde oder Verpflichtungsschein; man darf derselben Urkunde nicht die Bedeutung für zwei verschiedene Rechtsgeschäfte beilegen, Entsch. des ROH.Ger. IX. S. 354 f., XVIII. S. 188 f., Seuffert XXV. no. 226. Ent-

kularrechten eine obligatio naturalis mit schwachen Wirkungen zurückgeblieben: wer eine verjährte Forderung erfüllt, soll keine condictio indebiti haben. Nach gemeinem Recht will man die condictio dann zulassen, wenn der Zahlende irrthümlich glaubte, es bestünde noch eine Forderung[10]); doch machen die Partikularrechte keine derartige Unterscheidung und schließen die condictio indebiti nicht bloß dann aus, wenn der Schuldner im Bewußtsein, daß die Forderung verjährt sei, sie erfüllte. Und andererseits ist es gleichfalls partikularrechtlich anerkannt und wird auch für das gemeine Recht vielfach vertheidigt, daß eine verjährte Obligatio zur Compensation mit solchen Forderungen geeignet sei, welche vor eingetretener Verjährung fällig waren[11]).

II. Völlig unverträglich mit den obersten Grundsätzen unseres Obligationenrechts sind die Innominatkontrakte. Ein für beide Parteien bindender Vertrag entsteht mit der gegenseitigen Consenserklärung, ohne von der Leistung von einer Seite her abhängig zu sein. Der Leistende hat nicht mehr wie im Römischen Recht die Wahl, ob er auf Gegenleistung oder auf Rückgabe des seinerseits geleisteten klagen will; er hat überhaupt nur ein Recht auf die Gegenleistung[12]), und es kann jeder Kontrahent, auch ohne selbst geleistet zu haben, wenn er sich zur Gegenleistung bereit erklärt oder wenn dieselbe

---

gegengesetzt bestimmen ältere Wechselordnungen (Thöl Wechselrecht § 332 N. 7) und entscheiden einzelne Gerichte, Thöl Entscheidungsgründe no. 238 (vgl. auch Seuffert VIII. no. 168 Lübeck), Budde VIII. S. 157.

[10]) Vgl. z. B. Wächter II. S. 820, Unger II. S. 439 N. 10, vgl. mit S. 37 N. 24.

[11]) Preuß. Ldr. I. 16. § 377, Sächs. GB. § 992 (vgl. aber dazu Schmidt I. S. 140 f.), Haubold § 276 N. b, § 373 N. o, Wächter II. S. 820, Unger II. S. 438 N. 9, Flach Entscheidungen III. S. 60 ff. (Nassauische Praxis), Seuffert XXVI. no. 123 (und die dortigen Citate), Ztschr. f. hannov. R. IX. 1877 S. 370 ff. — Jede Compensation verwirft Bekker a. a. O. S. 439 ff. und Windscheid II. § 350 N. 1, 2.

[12]) Vgl. z. B. Preuß. Ldr. I. 16. § 199, 200, Sächs. GB. § 1535 vgl. mit § 864. — Pufendorf obs. I. no. 40. § 4, Glück Pandekten IV. S. 293 ff., Erxleben die Condictiones sine causa II. 1853 S. 463 (Nachweise aus der Praxis, Wissenschaft und Gesetzgebung), Puchta § 250, Windscheid § 321 N. 10, Römer in Goldschm. Ztschr. XIX. S. 123 ff. — Zum Theil will den Innominatkontrakt aufrecht erhalten Unger in v. Jhering's Jahrbb. VIII. S. 6, 14 f.

gemäß der Verabredung erst später erfolgen soll, auf Leistung oder, falls von der andern Seite die Annahme verweigert wird, auf diese Annahme klagen.

Darum ist nach dem Recht der Gegenwart der Tauschvertrag kein unbenannter Realvertrag, sondern ein Consensualvertrag[13]).

Uebrigens bedarf es noch der Bemerkung, daß manche Neuern den Ausdruck Innominatkontrakt oft nicht in dem Sinne gebrauchen, als ob das betreffende Rechtsgeschäft unter die Römischen Regeln über denselben falle, sondern nur um anzudeuten, daß er nicht zu einer der im Römischen Recht ausgeschiedenen Klassen von benannten Kontrakten gehöre.

III. Aber es giebt im modernen Recht auch keine Realverträge mehr. Der Vertrag, wonach ein Darlehn, ein Pfand gegeben, eine Sache geliehen oder hinterlegt werden soll (d. sg. pactum de mutuo

---

[13]) In der Receptionszeit schwankte man und war geneigt die Klage auf Erfüllung nur zu geben, wenn der Kläger erfüllt hat oder wenn der Vertrag unter besonderen Formen zu Stande gekommen ist. — Solmser Ldr. II. 9: es sei ein „blöder Kontrakt, der nicht anders, als durch Handreichung oder Lieffe-rung . . . . oder aber sonderlichen bestendigen Verspruch vollkömlich bekräfftiget wird." — Frankf. Ref. II. 22. § 1: ein schwacher Konktrakt; § 2: Voraussetzung für seinen Bestand ist Lieferung oder „sonderliche" Verpflichtung, den Tausch stät und fest zu halten. — Das erste und zweite Würt. Ldr. ließen den Vertrag auch perfekt werden durch „ein Stipulation und bestendigen Verspruch" oder bei Grundstücken durch gerichtliche Insinuation, Reyscher § 435 N. 11. — Frankenhauser Statuen v. 1558 II. art. 33: der Vertrag gilt nur, wenn ein Theil die Sache überantwortet hat. — Lauenburger Statt. III. tit. 7 (Pufenb. III. p. 329): Rücktrittsrecht, so lange nicht überantwortet ist, oder die Lieferung „ausdrücklich versprochen" oder in Betreff von Grundstücken vor Gericht bewilligt. — Wildenburger Ldr. II. 4. § 1 (vgl. oben § 165 N. 10). — Dinkelsbühler Statuen v. 1738 XII. § 2, 3 (Arnold Beiträge II. S. 327).

Dagegen daß der Tausch ein Consensualvertrag sei, Wormser Ref. III. 1. tit. 16: um zu klagen genügt die Bereitschaft, seine Sache dem Andern zu übergeben; leistet der Andere nicht, so klagt man „um's Interesse, kosten und scheben;" und ebenso allgemein die neueren Gesetzbücher, z. B. Preuß. Ldr. I. 11. § 363, Oestr. GB. § 1045: „der Tausch ist ein Vertrag, wodurch eine Sache gegen eine andere Sache überlassen wird. Die wirkliche Uebergabe ist nicht zur Errichtung, sondern nur zur Erfüllung des Tauschvertrages und zur Erwerbung des Eigenthums nothwendig."

v. Savigny Obl. R. II. S. 245 bezeichnet den Tausch als pactum de contrahendo, für das heutige Recht vermag ich keinen Grund dafür einzusehen.

dando, re commodanda u. s. w., das sg. pactum de contrahendo) ist auch ohne Hingabe der Sache ein bindender Vertrag, und die Hingabe erfolgt nicht contrahendi, sondern solvendi causa[14]). Wenn es auch vorkommen kann, daß ohne vorher erfolgte Beredung die Hingabe der Sache mit dem Moment des Vertragsschlusses zusammenfällt, so findet ein gleiches doch auch gelegentlich bei zweifellosen Consensualverträgen statt, z. B. oft bei Detailverkäufen[15]), ohne daß dieselben dadurch zu Realverträgen würden. Daß aber von einer Verpflichtung zur Rückgabe in den Fällen eines mutuum, depositum nur dann die Rede sein kann, wenn eine Hingabe stattgefunden hat, beweist nicht dafür, daß erst durch Hingabe (re) der Vertrag geschlossen sei. Denn die gleiche Erscheinung findet sich auch bei Consensualverträgen; der Miether kann gleichfalls zur Rückgabe der Sache nur verpflichtet sein, wenn sie ihm der Vermiether vorher eingeräumt hat[16]).

---

[14]) „Die Tradition ist aus einem Stück vom Thatbestande des Rechtsgeschäfts ein Stück vom Thatbestande des Rechtsverhältnisses geworden," Köppen in v. Ihering's Jahrbb. XI. S. 352 f.

[15]) Unger in Ihering's Jahrbb. VIII. S. 7 f., Windscheid § 321 N. 10.

[16]) Für diese Ansicht Köppen in Ihering's Jahrbb. XI. S. 352, Bruns in v. Holtzendorff's Enc. S. 390 (2. Ausg.), Thöl § 246 IV., Förster I. § 72 N. 76 ff., Seuffert XXII. no. 121 (Rostock, und dazu Preußer's Noten S. 186, 188), im wesentlichen auch Demelius in Ihering's Jahrbb. III. S. 399—412, welcher gleichfalls in der Hingabe immer ein Erfüllen, nie ein contrahere findet, aber doch noch Realkontrakte ausscheidet, zu denen er dann aber auch die locatio conductio und das mandatum in manchen Fällen ziehen zu müssen glaubt. — Dagegen nehmen noch weiter Realverträge an und unterscheiden dieselben von den vorangehenden pacta de contrahendo Beseler § 102 I. (das zinsbare Darlehn werde im modernen Geschäftsleben als Realkontrakt behandelt, es würde also willkürlich sein, dasselbe von andern verwandten Geschäften auszuscheiden), v. Gerber § 159 N. 4 (zur Entstehung einer Verpflichtung werde die Hingabe der Sache vorausgesetzt), Windscheid § 312 N. 5, § 371 N. 6, Bähr Anerkennung (2. Aufl.) S. 168 f., Regelsberger Erörterungen I. 1868 S. 132. — Unger in Ihering's Jahrbb. VIII. S. 1 bis 20 nimmt Realverträge in beschränktem Maße, nämlich in den Fällen an, wo das Geschäft lediglich den Vortheil des Empfängers bezwecke, also keine Klage auf Annahme bestehe, so beim Commodat, Pfandvertrag, dem unverzinslichen Darlehen und einzelnen unbenannten Realverträgen; in den übrigen Fällen

IV. Wenn nach älterm und neuerem deutschen Recht jeder Vertrag Consensualvertrag ist, so ist doch nicht jeder Vertrag gültig und klagbar; nur vom Recht erlaubte Verpflichtungen dürfen eingegangen werden[17]). Insbesondere sind ungültig Verträge, welche eine turpitudo enthalten und contra bonos mores sind, oder welche gegen gebietende oder verbietende Gesetze verstoßen[18]), insbesondere auch die Willensfreiheit eines Contrahenten im Uebermaß beschränken[19]).

---

lägen Consensualverträge vor. (Gegen ihn Förster II. § 137 N. 14, daß auch das unverzinsliche Darlehen ein Consensualvertrag sei.)

Dafür, daß das zinsbare Darlehen ein Consensualvertrag sei, Demelius S. 408, Unger S. 15, Bruns S. 408, Förster II. § 137 a. Anf., Endemann Handelsrecht § 138 N. 9. Aus dem Vertrage kann sowohl auf Auszahlung, als auf Annahme des Darlehns geklagt werden, Seuffert II. no. 165 (Dresden), X. no. 37 (Wiesbaden), XXII. no. 121 (Rostock), XXVI. no. 212 (Lübeck). — Preuß. Ldr. I. 11. § 654, 658, Sächs. GB. § 1068, Dresdener Entw. art. 524. — Dagegen Windscheid § 371 N. 6 (welcher die konkrete Sachlage entscheiden lassen will), Beseler a. a. O., Savigny Obl. R. II. S. 246 f., Oestr. GB. § 983, Zürich, GB. § 653.

Daß das Depositum ein Consensualvertrag sei, Unger S. 16 f., Förster II. § 139 N. 7 ff., Schweizer Entw. v. 1877 art. 481, dagegen Windscheid § 377 N. 3. — Das Commodatum unterscheidet von dem Vorvertrage das Oestr. GB. § 971, das Sächs. GB. § 1173, 1174; dagegen definirt es als Consensualvertrag das Schweizer Oblig.R. art. 321. — Beiläufig erklärt Bähr in Iher. Jbb. I. S. 459 den usus fructus für einen Realkontrakt.

[17]) Ueber das ältere Recht Stobbe Vertragsrecht S. 14 f., über neueres Recht Windscheid § 314. 3, der in den Noten Entscheidungen aus Seuffert zusammenstellt.

[18]) Manche Gesetze, besonders handelsrechtlichen oder gewerbrechtlichen Inhalts stellen für einzelne Verträge gewisse Normativbestimmungen auf, welche durch Uebereinkunft nicht ausgeschlossen werden sollen, so z. B. Gew. O. v. 1869 § 134 ff. über den Arbeitsvertrag mit Fabrikarbeitern, Haftpflichtgesetz v. 7. Juni 1871 § 5 u. s. w.

[19]) Vgl. Entsch. des ROHG. XVIII. S. 102 ff. und oben II. § 97 N. 16 ff. — Ob die Verpflichtung dies Maß übersteigt oder nicht, ist nach den Verhältnissen des konkreten Falls zu beurtheilen. Die Praxis von Celle (Zeitschr. f. Hannov. Recht VII. 1875 S. 65 f.) betrachtet den Vertrag als ungültig, worin A dem B verspricht, in derselben Stadt kein Konkurrenzgeschäft zu eröffnen, wogegen andere Gerichte solche Verträge als gültig behandeln, besonders wenn die Verpflichtung in beschränkter Weise eingegangen wird, man wolle sich des betreffenden Gewerbebetriebes eine gewisse Zeit hindurch enthalten u. s. w.; so Rostock (Budde VIII. S. 212: der Verkäufer eines Bäckereigeschäfts verspricht in derselben Stadt auf allen und jeden Bäckereibetrieb zu verzichten), Entsch. des

§ 167. Der Formalvertrag und das abstrakte Versprechen.

I. Jedes Versprechen erfolgt aus einer konkreten causa heraus. Doch bedurfte es nach Römischem Rechte zur Entstehung einer rechtlichen Verpflichtung nicht der Bezugnahme auf diese causa, sondern es genügte das Versprechen der Leistung an sich, falls es in der Form der Stipulation gegeben, in einen Formalkontrakt eingekleidet war. Jede Verpflichtung konnte durch diese Form zum Gegenstand eines Formalkontrakts werden. Ein Formalkontrakt in dieser allgemeinen Anwendbarkeit ist dem Deutschen Rechte fremd. Freilich fordert auch das Deutsche Recht oft bestimmte Formen für die Willenserklärung der Vertragschließenden; aber es verpflichtet dann nicht die Erklärung an sich, weil sie sich in einer bestimmten Form äußert, sondern es bindet der von einer materiellen causa bestimmte und von ihr beherrschte Wille, wenn er sich in der erforderlichen Form äußert. Der Vertrag bleibt auch noch weiter ein Vertrag mit materieller causa debendi und ist von deren Gültigkeit abhängig. Es tritt nur zu der Voraussetzung einer gültigen mate-

---

ROH.Ger. VII. S. 419 ff., XII. S. 29 f., 229ff., XV. 164, XVI. 161 f., XIX. 138. Gültig erscheint der Vertrag, wonach der Gewerbegehülfe beim Austritt aus seinem bisherigen Dienstverhältniß nicht bei andern Genossen desselben Gewerbes in Arbeit zu gehen, sondern den Ort zu verlassen verspricht Seuffert VII. no. 18. — Dagegen ist das Versprechen ungültig, sich nie etabliren zu wollen, Entsch. des ROH.Ger. XXI. S. 262 f.

Die Praxis behandelt auch Verträge als ungültig, durch welche Jemand gegen Zusicherung eines pekuniären Vortheils verspricht, bei einer Versteigerung nicht mitbieten zu wollen; es seien solche Verträge contra bonos mores, weil sie den Zweck der Versteigerung behinderten, Seuffert XII. no. 16, XVII. no. 201, XXXI. no. 321 (Wiesbaden, München). Im ältern Preußischen Recht und im Preuß. Strafgesetzbuch § 270 waren sie auch mit Strafe bedroht, Dernburg II. S. 28 N. 14. — Regelsberger civilrechtl. Erörterungen S. 189 ff. vertritt gleichfalls die Ansicht, daß nicht auf Erfüllung des Versprochenen, aber auch nicht auf Rückgabe des Geleisteten geklagt werden könne. Ueberdies nimmt er auch an, daß wenn demjenigen die Sache zugeschlagen wurde, welcher durch seinen Vertrag den Andern vom Bieten abhielt, der Versteigerer den Zuschlag wegen Arglist widerrufen könne. (Soll das auch gelten, wenn der Andere ohne Rücksicht auf ein Aequivalent aus Gefälligkeit zurückstand?) — Ich schließe mich der Ansicht von Thöl § 245 N. 9, Reuling in v. Ihering's Jahrbb. X. S. 358 N. 4 und Dernburg II. S. 28 an, daß solche Verträge nicht ungültig seien.

riellen causa debendi noch das Erforderniß einer bestimmten Form für die Willenserklärung hinzu, damit der Consensualvertrag gültig oder klagbar oder beweisbar sei. Sollen z. B. Kaufverträge über Immobilien vor Gericht abgeschlossen werden, so verwandeln sich dieselben nicht in Formalverträge, deren Inhalt die Uebertragung des Eigenthums und die Zahlung einer Summe bildete.

II. Doch ist weiter die Frage zu erörtern, ob das ohne Bezugsaufnahme auf eine causa debendi abstrakt gegebene Versprechen verpflichtet[1]). Jedes Versprechen hat seinen Grund; es ist ein Versprechen, durch welches einem Andern ein vermögensrechtlicher Anspruch ertheilt wird, nicht anders denkbar, als wenn durch dasselbe ein Zweck verfolgt wird. Wer erklärt einem Andern ein Pferd oder 100 schuldig zu sein, giebt diese Erklärung ab, weil er das Pferd verkauft oder hundert als Darlehn erhalten hat, oder weil er das Pferd oder 100 schenken will u. s. w. Ist nun aber jene nackte Erklärung ausreichend, um für den Andern einen Rechtsanspruch zu begründen?

Was das ältere Recht betrifft, so war ihm die Sonderung von materiellen und formellen causae debendi, wie sie die romanistische Wissenschaft ausgebildet hat, fremd, und unsere Quellen sprechen sich über diese Frage nicht direkt aus. Indessen ist aus der Gestaltung des altdeutschen Prozesses zu entnehmen, daß die Gültigkeit des abstrakten Versprechens nicht beanstandet wurde[2]). Der Kläger brauchte die Klage bei ihrer Anstellung nicht zu begründen, sondern konnte einfach ohne Angabe ihres Grundes die Leistung einklagen und der Richter durfte die Klage nicht als unsubstanziirt zurückweisen. Erst wenn der Beklagte nach dem Grunde fragte, hatte den-

---

[1]) Ueber die verschiedenen Namen, welche man in der Literatur für das abstrakte Versprechen braucht, vgl. Windscheid § 319 N. 2. Mit ihm halten wir die Ausdrücke Formalvertrag oder Summenversprechen für irre führend: am bezeichnendsten und wohl auch am meisten eingebürgert ist abstraktes Versprechen.

[2]) In der L. Salica 50 § 1 heißt es: daß wer die Exekution wegen einer durch fides facta bestärkten Schuld nachsucht, nominare debet, quale debitum debeat. Das kann bedeuten, der Kläger habe sagen müssen, ob die Schuld aus einem Darlehn, Kaufkontrakt u. s. w. herrühre, aber ebenso gut auch, er solle die Summe der Schuld und die sonstigen Verabredungen angeben.

selben der Kläger anzugeben[3]). Und wenn nun der Kläger auf eine solche Frage oder ohne dieselbe gleich bei Anstellung der Klage sich auf ein Versprechen des Beklagten berief, so konnte dieser — gemäß den Grundsätzen über das Beweisrecht — wohl leugnen, daß er versprochen habe, aber nicht entgegnen, daß ein bloßes Versprechen ohne Angabe des Grundes wirkungslos sei und der Kläger beweisen müsse, daß es in einem gültigen Zusammenhange gegeben sei[4]). Das Versprechen als solches auch ohne Angabe der causa verpflichtet und giebt dem Andern ein Recht zur Klage[5]). Brachte aber der Beklagte einredeweise vor, daß dem Versprechen eine unerlaubte causa (z. B. Spielverlust) zu Grunde liege, oder daß es erzwungen oder sonst unfreiwillig oder irrig abgegeben sei, so konnte dadurch die bindende Kraft des abstrakten Versprechens beseitigt werden[6]).

Demgemäß war denn auch während des Mittelalters die Angabe der causa debendi für die Beweiskraft der Schuldurkunde nicht wesentlich[7]), wenngleich sie allerdings regelmäßig aufgenommen

---

[3]) Sachsensp. III. 41. § 4: Svelk man vor gerichte gelt vorderet up enen anderen, vraget jene, war af man't ime sculdich si, he sal durch recht secgen, weder he't von gelovede scüldich si, oder von erve dat he untvangen hebbe. Zahlreiche andere Stellen bei Laband vermögensrechtliche Klagen S. 10 ff.; vgl. auch Witte in d. Ztschr. f. RG. VI. S. 463 ff., 468 ff.

[4]) Vgl. Witte S. 471 ff., 483 f., Laband S. 14 f., daß es ausreichend ist von gelovede zu klagen. — System. Schöffenr. III. 2. c. 133: Beclaget eyn man den andirn umme slechte gelöbde und spricht, das ym der antworter globit habe gelt, wy vil des sey, ane arg, ane geczog und ane hyndernis zu geben und der antworter vrogte, ap der clegir nicht benennen sulde, von wanne dy schulde queme und deme cleger gebe orteil und recht, das her byllich benennen sulle, von wanne dy schulde queme und der cleger benente nicht, von wanne dy schulde queme: und der antworter frogte, synt der clegir bekente, von wanne dy schulde queme und er nicht antworte ob her nicht billig ledig seyn sulde von em adir was recht sey. — Das kan den antwortir allis nicht gehelffen, sunder her mus vorsachen adir bekennen, ap her deme clegir das gelt globt habe adir nicht.

[5]) A. A. für das ältere Recht Heimbach Ztschr. f. Civ. R. u. Proz. N. F. XIII. S. 104 ff.

[6]) Witte Ztschr. f. R. G. VI. 463, 467 ff.; vgl. auch Laband S. 23 ff.

[7]) Platner im Arch. f. Civ. Pr. XLII. S. 203 f., L. S. 214 ff., Witte S. 485. — Ein abstraktes Schuldbekenntniß z. B. aus dem J. 1568 bei Hübbe Hammerbroker Recht S. 45: J. K. hefft sich vorwillet und vorplichtet H. J.

zu werden pflegte; da das mündliche Versprechen ohne Angabe der speziellen causa debendi zur Klage berechtigte, so wurde der Beklagte auch aus seiner indiscrete ausgestellten Urkunde seinem Bekenntniß gemäß verurtheilt, wenn er keine Einreden vorbrachte oder die Urkunde nicht abzuleugnen vermochte.

Auf Grund einzelner Stellen des Corpus juris hatte sich aber in der Literatur Italiens die entgegengesetzte Ansicht entwickelt[8]), daß ein Versprechen ohne Angabe der materiellen causa ungültig sei und daß eine Urkunde, welche nur das Versprechen der Leistung, aber nicht den Grund derselben angebe (cautio indiscreta), den Anspruch nicht beweise. Und mit der Reception der fremdländischen Wissenschaft ging diese Ansicht auch in die Praxis, Gesetzgebung und Literatur Deutschlands über. Man wurde in ihr auch nicht durch die vielfach verbreitete Lehre irre gemacht, daß, da das Deutsche Recht für den Vertrag keine Form verlange, sich die Stipulation in ein formloses pactum verwandelt habe und für dieses im allgemeinen dasselbe gelten müsse, wie für die römische Stipulation.

Da aber die gesetzlichen Grundlagen für die dem ältern Recht widersprechende Behandlung der cautio indiscreta nur schwach sind[9]) und für eine Reihe von Erscheinungen in Folge besonderer Rechts-

---

twischen hir und negestkumpstigen Michaelis 28 Mark Lub. unvortoglich tobetalende. — Dem steht es gleich, wenn der Schuldgrund so allgemein angegeben ist, daß er seiner Individualität nach nicht erkannt werden kann, z. B. Urk. v. 1368 im Hannov. Urk. B. no. 454: ex justo debito.

Unvollkommen sind die Nachrichten in einem Prozeß bei Wasserschleben I. 383 f. cap. 32: Der Kläger fordert eine Summe auf Grund einer Urkunde; der Beklagte verlangt, es solle der Kläger angeben, wovon die Schuld her komen sei. Dies thut derselbe, aber der Beklagte bestreitet seine Behauptungen und giebt eine andere Darstellung. Der Richter entscheidet: falls der Beklagte den Brief anerkennt, so helt her moglich, was der briff ausweist. Der Richter scheint also ohne weiteres der cautio indiscreta gemäß zu verurtheilen.

[8]) Für die Kaufleute wurde die Ausnahme behauptet, daß die causae expressio in ihren Urkunden entbehrlich sei, Endemann in Goldschm. Ztschr. V. S. 406—413, Handelsr. (3. Aufl.) § 96 N. 3, Studien I. S. 504, Bähr Anerkennung S. 297 N. 22. — Gegen dies kaufmännische Recht erklärt sich Cropp in Heise's u. s. Abhh. I. S. 353 N. 46.

[9]) L. 25 § 4 D. XXII. 3 (übergegangen in c. 14 X. II. 22) und L. 13 C. IV. 30; vgl. in Betreff dieser Stellen Windscheid § 318 N. 4 und § 412[b]

entwickelung das abstrakte Schuldversprechen zu unbestrittener Anerkennung gelangte, so hat die neuere Wissenschaft, nachdem gelegentlich derartige Bedenken schon früher laut geworden waren, das Dogma von der Ungültigkeit des abstrakten Versprechens in Zweifel gezogen[10]) und stehen sich jetzt in Gesetzgebung, Praxis und Wissenschaft die beiden verschiedenen Richtungen einander gegenüber[11]).

N. 2. — Zur Dogmengeschichte der Frage bei den Italienern Bähr Anerkennung S. 290 ff.

[10]) Eingehende Nachrichten über den status controversiae und beachtenswerthe kritische Bemerkungen über die verschiedenen Ansichten bis z. J. 1863 giebt H. Witte die bindende Kraft des Willens im Obl. Recht nach der Lehre der heutigen Wissenschaft, in der krit. Viertelj. Sch. VI. S. 330—398. Vgl. auch die Literaturangaben bei Windscheid § 318 N.

[11]) Für die Gültigkeit der cautio indiscreta:

Hamb. Statt. I. 20. art. 2: es kann der Exekutivprozeß gegründet werden auf „öffentliche unleugbare und unverfälschte" Briefe, „ungeachtet ob die Ursache der Schuld in der Obligation specificirt und ausgedrückt oder nicht," (es hängt das mit der Lehre der Glossatoren zusammen, daß gerichtliche und notarielle Urkunden, weil sie eine confessio judicialis enthalten, der Angabe der causa debendi nicht bedürfen, Schmid in Richter u. Schneider's Jahrbb. 1841 S. 895, 897 ff.); für Privaturkunden wird an der Angabe des Schuldgrundes festgehalten, Cropp I. S. 369 ff., 372, Baumeister I. S. 94 N. 6. Eine Anwendung des ersten Satzes ist es, daß bei Hypothekenposten die causa debendi nicht angegeben zu werden braucht, Baumeister I. S. 175 N. 4. — Sächs. Ges. B. 1398: „Ausstellung eines Schuldscheins und Annahme desselben enthalten einen Anerkenntnißvertrag, selbst wenn der Grund der Schuld in dem Scheine nicht angegeben ist." (Diese Bestimmung wird vom ROH. Ger. Entsch. XXI. 181 einschränkend interpretirt: „ein solcher Schuldschein ist im Sinn des Gesetzes erst dann vorhanden, wenn die Skriptur nicht blos ein abstraktes Summenversprechen, sondern das Bekenntniß einer Schuld enthält, mit andern Worten: wenn aus der Schrift wenigstens die sg. c. debendi generalis erkennbar ist"). Ueber älteres Sächs. Recht Haubold § 277 Zus. — Dem Sächs. GB. entspricht der sg. Dresdener Entw. art. 924. — Baier. Entw. II. 1. art. 21: „Das schriftliche Zahlungsversprechen, sowie das schriftliche Schuldbekenntniß (Schuldschein) mit oder ohne Bezeichnung des Rechtsgrundes der Verpflichtung begründet als solches eine klagbare Verbindlichkeit, sobald die Urkunde von dem Schuldner dem Gläubiger übergeben und von diesem angenommen ist, ohne daß der weitere Nachweis eines Rechtsgrundes der Verbindlichkeit erforderlich ist." Vgl. auch Schweizer Obl. Recht art. 15 Abs. 2.

Für die Beweiskraft der cautio indiscreta haben sich mit sehr verschiedener Begründung unter Andern auch ausgesprochen Hommel rhaps. no. 890, Windscheid § 318 N. 3, 4, Bruns Ztschr. f. Rechtsg. I. S. 126 ff.,

Wo es an entscheidenden Bestimmungen in der Gesetzgebung oder dem Gewohnheitsrecht fehlt, besteht kein in der Sache liegender Grund, warum der Wille des Schuldners nicht die Kraft haben solle, durch eine derartige abstrakte Erklärung in Wort oder Schrift eine Verbindlichkeit für sich zu begründen. Wer die Erklärung abgegeben hat, Schuldner sein zu wollen, kann nicht einwenden, daß er keine causa angegeben habe, sondern nur daß er das Versprechen sine causa d. h. ohne materiellen Grund für dasselbe geleistet habe und muß dies nach den Grundsätzen über die condictio indebiti

---

in der Encykl. § 54 (mit besondern Kautelen), Bähr Anerkennung (2. Aufl.) § 41, 42, 56, 63, 66 S. 169 ff., 244, 281 ff., 299 ff., Unger in v. Ihering's Jhrbb. VIII. S. 209 ff., 213 ff., Endemann Handelsr. § 96 III., Grünhut in s. Ztschr. III. S. 513—519, die Preuß. Praxis bei Goldschmidt Ztschr. XV. S. 575 f., Seuffert XXI. no. 30, XXIV. no. 230, XXV. no. 16, die Praxis von Sachsen Seuffert II. no. 226, Oldenburg XVII. no. 135; Baiern XXXII. no. 30. — Auf dasselbe kommt es hinaus, wenn man eine so phrasenhafte Bemerkung wie „Werth in Rechnung erhalten" für eine hinreichende Angabe der c. debendi betrachtet, wie Seuffert II. no. 35 (Cassel); vgl. auch Bähr S. 296. — Treffend bemerkt Bähr S. 244, daß wer die Abrechnung als Klaggrund anerkennt, auch das abstrakte Schuldversprechen als Schuldgrund betrachten müsse.

Gegen die Gültigkeit der cautio indiscreta:

Würtemb. Ldr. I. 34. § 4: Handschriften beweisen, „darinnen Ursachen derselben vermeldt;" Preuß. Ldr. I. 11. § 730: der Schuldschein soll enthalten „das Bekenntniß der empfangenen Valuta, die deutliche Bestimmung, worin selbige bestanden habe, die Angabe der Münzsorte, in welcher sie gezahlt worden" u. s. w. In der Literatur herrschte früher fast allgemein die Ansicht, daß die cautio indiscreta nur in gewissen Ausnahmefällen als Beweismittel gebraucht werden und der Versprechende die Erfüllung ablehnen dürfe, bis der Kläger die causa debendi erwiesen habe, z. B. Gaill obs. II. 13. § 9 ff.; unter den Neueren Bayer summar. Prozesse § 48 N. 4 (7. Aufl. 1859, ohne zu erwähnen, daß es auch eine entgegengesetzte Ansicht gebe), Heise und Cropp I. S. 353 ff., Heimbach in d. Ztschr. f. Civ. R. u. Proz. N. F. XIII. S. 104 ff. 113 ff., Wetzell Civ. Proz. § 22 N. 1, Thöl Handelsr. § 212, v. Salpius Novation 1864 S. 505 ff., v. Gerber § 159 N. 6, 7, Buhl Anerkennungsvertrag 1875 S. 42 ff. So auch die Praxis von Lübeck Thöl Entscheidungsgründe no. 238, Seuffert VIII. no. 168, Celle XI. no. 109, XXV. no. 15, Rostock Budde Entsch. VIII. S. 88 ff., Wolfenbüttel Seuffert XXV. no. 226, Cassel VII. no. 246 (die 2. Entscheidung), 252, 253, Erlangen XVIII. no. 282. II. — Vgl. auch die Stuttgarter Entsch. XXIV. no. 27.

Ueberhaupt Nachweise über die Praxis bei Windscheid § 412[b] N. 2.

beweisen. De lege ferenda ist eine derartige gesetzliche Regelung um so dringender zu fordern, als die entgegengesetzte Bestimmung dem Rechtsbewußtsein unsers Volks widerspricht und der Nichtjurist nicht begreift, warum er für Durchführung seines Anspruchs eine geringere Sicherheit in Händen haben soll, wenn der Schuldner in der Urkunde nicht zugleich bekannt hat, aus welchen Rechtsverhältnissen heraus die Schuld erwachsen ist[12]).

III. Wenn die Frage nach der Gültigkeit des abstrakten Versprechens im allgemeinen noch kontrovers ist und einer gemeinrechtlichen Regelung bedarf, so ist es doch für gewisse Skripturen, besonders des Handelsstandes anerkannten Rechtens, daß für sie die Angabe des Schuldgrundes entbehrlich ist, so für den Wechsel (Wechsel-O. art. 4), für „Anweisungen und Verpflichtungsscheine, welche von Kaufleuten über Leistungen von Geld oder einer Quantität vertretbarer Sachen oder Werthpapiere ausgestellt sind" (Hand. GB. art. 301 Abs. 1); auch ist es zur Gültigkeit des Indossaments, durch welches solche Papiere übertragen werden, nicht erforderlich, daß es „die Angabe des Verpflichtungsgrundes oder das Empfangsbekenntniß der Valuta" enthält (Abs. 2)[13]). Regelmäßig sind auch Inhaberpapiere cautiones indiscretae (§ 180. 1) und in mehreren neueren Gesetzgebungen ist die Hypothekenschuld zu einer abstrakten Obligation geworden[14]).

---

[12]) Wenn man meint durch das Erforderniß der causa debendi leichtsinnigen Versprechungen und verbotenen Geschäften begegnen zu können, so ist mit Hommel rhaps. no. 890 § 9 zu entgegnen: „daß durch die ehedem erforderliche Bemerkung des Ursprungs der Verbindlichkeit derjenige Endzweck, welchen die römischen Rechte etwa vor Augen gehabt, nicht im geringsten erhalten werde, indem nichts leichter ist, als demjenigen, welchen man bewogen, daß er eine Handschrift von sich gestellet, auch dahin zu bringen, daß er mit eben der Gefälligkeit, womit er das Schuldbekenntniß geschrieben, eine selbst beliebige Causam debendi einschalte."

[13]) Ueber kaufmännische Verpflichtungsscheine vgl. auch Goldschm. Ztschr. XV. S. 576 ff. (Berlin. OTrib.), Entsch. des ROH. Ger. VII. S. 204 ff., VIII. 431 und überhaupt über die handelsrechtlichen Fälle R. Koch in Goldschm. Ztschr. X. S. 428 ff.

[14]) Vgl. oben II. § 109 für Meklenburg und Preußen; über das Lübische und Hamburg. Recht Delbrück in d. Ztschr. f. DR. XV. S. 128, 134 ff., Baumeister I. S. 175.

IV. Im Zusammenhange mit diesen Grundsätzen steht das in neuerer Zeit[15]) in immer weiterem Umfange zur Geltung kommende Dogma von der Gültigkeit des Anerkennungsvertrages[16]). In seiner Anwendung auf obligatorische Verhältnisse bedeutet dasselbe, daß wer mit dem Willen sich zu verpflichten einem Andern gegenüber es anerkannt hat, ihm[17]) zu einer gewissen Leistung verbunden zu sein, nicht bloß aus dem ursprünglichen Schuldgrunde, sondern auch aus dem Anerkennungsvertrage verpflichtet ist, selbst wenn in demselben auf den ursprünglichen Schuldgrund nicht ausdrücklich Bezug ge-

---

[15]) Der Vorläufer des heutigen formlosen Anerkennungsvertrages ist das formelle fidem facere im alten Recht, worüber zu vgl. ist Sohm Recht der Eheschließung S. 34 (auch Prozeß der L. Salica S. 18 ff.), dessen Ansichten ich mich gegenüber andern Auffassungen (vgl. die Uebersicht in der Recension dieses Werks von Behrend in Goldschm. Ztschr. XXI. S. 588 ff.) anschließe.

[16]) O. Bähr die Anerkennung als Verpflichtungsgrund 1855, 2. Aufl. 1867; gegen die neue Lehre Bruns in d. Ztschr. f. R. G. I. S. 28—130, welcher die römischen Grundsätze für ausreichend erklärt, aber doch den Unterschied zugiebt, daß die Klage auf Erfüllung aus dem constitutum den Beweis der alten Schuld voraussetzt. Gegen Bruns: H. Witte in d. krit. Viertelj. Schr. VI. S. 371 ff. und Bähr Anerkennung 2. Aufl. S. 185 f., 186 ff., 236 f. Zuletzt Buhl Beiträge zur Lehre vom Anerkennungsvertrage. Heidelb. 1875 und dagegen Bähr krit. Viertelj. Schr. XVIII. S. 335—347. — Mit Bezug auf das Preuß. Recht erklärt sich gegen Bähr Förster I. § 41 N. 31 ff. (2. Aufl.). — Weitere Literatur citirt Windscheid § 412[a] N.*

In der Gesetzgebung ist das Dogma in dem Sächs. GB. angenommen; § 1397: „der Vertrag, durch welchen ein Schuldverhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner anerkannt wird, berechtigt den Gläubiger, auf Grund des Anerkenntnisses die Bezahlung der Schuld zu verlangen“; § 1398: „Ausstellung eines Schuldscheines und Annahme desselben enthalten einen Anerkenntnißvertrag, selbst wenn der Grund der Schuld in dem Scheine nicht angegeben ist“; § 1399 ff. — In der Praxis ist es durch zahlreiche Entscheidungen zur Geltung gekommen; vgl. außer den bei Seuffert stehenden z. B. auch Emminghaus S. 536 no. 25 (Dresden). — Ueber die Praxis des ROH. Ger. vgl. die Citate in den Entscheid. VII. S. 205 f.; über die Preuß. Praxis Meyer in Hinschins Ztschr. f. Gesetzgebung und Rechtspflege II. S. 754 ff.

[17]) Der Gläubiger erwirbt Rechte nur aus der ihm gegenüber erfolgten Anerkennung. Gareis Verträge zu Gunsten Dritter S. 264 f. behauptet, daß wenn A dem B erklärt, C eine Summe schuldig zu sein, C klagen und A sich nicht darauf berufen könne, er habe nicht dem C, sondern nur dem B gegenüber die Schuld anerkannt. Wir bestreiten das mit aller Entschiedenheit.

nommen wird[18]). Und andererseits wer dem Andern gegenüber es anerkannt hat, daß er gegen ihn keine Forderung habe (Quittung), kann von ihm unter Berufung auf den negativen Anerkennungsvertrag, auch wenn derselbe nicht angiebt, auf welchem Wege die Forderung erloschen sei, zurückgewiesen werden, falls er mit Ansprüchen auftritt, welche er bekannt hat nicht mehr zu besitzen. In der Ausstellung einer Schuldurkunde oder Quittung kann daher nicht bloß die Ertheilung eines Beweismittels, sondern zugleich ein Willensakt enthalten sein, welcher dadurch, daß die Urkunde von dem Einen gegeben und von dem Andern angenommen wird, sich zu einem Vertrage gestaltet. Der Aussteller der Schuldurkunde verspricht zu zahlen, der der Quittung den Andern frei zu geben[19]).

Der aus einem Anerkennungsvertrage in Anspruch genommene Schuldner kann 1) Einreden entgegenstellen, welche das Zustandekommen des Vertrags widerlegen sollen (dolus, metus) und darf 2) insofern auf das frühere Schuldverhältniß rekurriren, als dasselbe gesetzlich verboten oder, weil es reprobirt wird, mit keiner Klage ausgestattet ist[20]) oder 3) als er sich bei Abschluß des Anerkennungsvertrages in einem entschuldbaren Irrthum befand und nach den Grundsätzen von der condictio indebiti seine Anerkennung zurücknehmen könnte. Im übrigen darf er sich nicht auf Mängel des ursprünglichen Schuldverhältnisses berufen, um seine Verpflich-

---

[18]) Oft wird, wo ein ganz anderes materielles Rechtsverhältniß zu Grunde liegt, ein Schuldschein über ein Darlehn ausgestellt; dadurch wird der Wille erklärt, daß die Schuldverbindlichkeit nach den Grundsätzen über das Darlehn bemessen werden soll; Bähr S. 258 f., 265, 275 ff., Seuffert XXIX. no. 228, XXXII. no. 222. Anders Preuß. Ldr. I. 11. § 742.

[19]) Bähr S. 255 ff., 258. — Ueber die Streitfrage, ob in der Ausstellung der Urkunde nur ein Zeugniß gegen den Aussteller oder ein Vertrag enthalten sei, Literatur bei Windscheid § 412ᵃ N. 1 und 2, § 412ᵇ N. 1.

[20]) Wenn Spielschulden nicht klagbar sind, ja sogar nach manchen Gesetzen der gezahlte Spielverlust unter Umständen zurückgefordert werden kann (§ 194. 3) so wird die Spielschuld dadurch nicht klagbar, daß über sie ein Anerkennungsvertrag abgeschlossen ist, Seuffert IX. 289, XIII. 94 (Celle). Dagegen nimmt das ROH. Ger. (Entsch. XIII. S. 323 ff., XVII. 322 ff.) mit Bezug auf das Sächsische Recht an, daß in demselben Umfange, in welchem eine bezahlte Spielschuld nicht zurückgefordert werden könne, auch die klaglose durch Anerkennung zur klagbaren gemacht werde.

tung aus dem Anerkennungsvertrage zu bestreiten. Denn von Demjenigen, welcher eine Schuld anerkennt, gegen welche er Einreden geltend machen kann, ist anzunehmen, daß er auf diese Einreden verzichten wollte[21]).

V. Die Grundsätze von dem Anerkennungsvertrage finden ihre besondere Anwendung beim Abrechnungsgeschäft[22]). Wenn ein Schuldner die verschiedenen Posten, welche er seinem Gläubiger schuldig ist, zusammenrechnet und ihm erklärt die Summe aus dieser Rechnung schuldig zu sein, oder wenn zwei Personen die zwischen ihnen bestehenden Schuldverhältnisse berechnen und es feststellen,

---

[21]) Bähr S. 266 f. — Sächs. GB. § 1399: „Der Anerkennende behält aus dem ursprünglichen Schuldverhältnisse gegen die Klage aus dem Anerkenntnißvertrage nur die Einreden, welche sich darauf beziehen, daß jenes Verhältniß gesetzlich verboten gewesen sei. . . . . Daß das ursprüngliche Schuldverhältniß nicht bestanden habe, oder vor dem Anerkenntnißvertrage erloschen gewesen sei, kann gegen diesen Vertrag nur durch dessen Anfechtung, insbesondere nach den Vorschriften über die Rückforderung einer Nichtschuld geltend gemacht werden." — Baier. Entw. II. art. 21 Abs. 2: „Der Aussteller kann die Urkunde durch den Nachweis entkräften, daß dieselbe in der irrigen Voraussetzung eines bestehenden oder eines noch wirksamen Schuldverhältnisses überhaupt oder des in der Urkunde bezeichneten insbesondere ausgestellt sei oder daß ein anderer Rückforderungsgrund nach Maßgabe der Artikel 925—939 bestehe."

[22]) Heise und Cropp I. S. 362 ff., Pfeiffer prakt. Ausführungen VIII. S. 64—122, Bähr S. 175 f., 233 ff., 247 ff., 253 f., Unger in v. Ihering's Jahrbb. VIII. S. 216 ff., Regelsberger im Arch. f. civ. Praxis XLVII. 1864 S. 153 ff., Windscheid § 412[a] N. 2, Endemann Handelsr. § 125 III. IV. — Speziell über den kaufmännischen Contocorrent Grünhut in s. Ztschr. III. S. 473—534, besonders S. 512 ff., wo N. 110 die Literatur und Praxis angeführt ist. — Eine geordnete Zusammenstellung der Judikatur aus Seuffert's Archiv bei Windscheid § 412[b] N. 2. Vgl. außerdem noch Seuffert II. no. 35 (Cassel), XV. no. 194 (Dresden), XXIII. no. 118 (Wolfenb.), Goldschmidt's Ztschr. II. S. 432 f. (Berlin), XV. 555—562 (verschiedene Gerichte), XVI. 529 ff., und ganz besonders X. 556—558, ein von Goldschmidt gearbeitetes Erkenntniß des Heidelb. Spruchkollegiums v. J. 1866. — Abweichend die ältere Preuß. Praxis in Koch's Commentar zu § 730 des Preuß. Ldr. I. 11.

Einiges dafür, daß das Abrechnungsgeschäft in Deutschland schon in alter Zeit gebräuchlich war, bei Witte Ztschr. f. RG. VI. S. 486.

Sächs. GB. § 1401: „Abrechnung oder Berechnung zwischen Gläubiger und Schuldner mit Feststellung eines dem einen oder dem andern zukommenden Guthabens enthält einen Anerkenntnißvertrag rücksichtlich der zur Berechnung gekommenen Posten und des festgestellten Guthabens."

daß die nach dieser Rechnung sich ergebende höhere Forderung des Einen mit der Forderung des Andern in Rücksicht auf letzteren Betrag aufgerechnet sein und der Rest (Saldo) als Forderung zurückbleiben soll, so bildet die Anerkennung dieser Berechnung (die Anerkennung des Saldo) einen selbständigen Klagegrund. An die Stelle der einzelnen Forderungen tritt die Saldoforderung und es ist unzulässig, auf die einzelnen zu Grunde liegenden Forderungen zurückzugreifen, insbesondere einzelne derselben abgesondert geltend zu machen. Die Anerkennung des Saldo ist ein abstrakter Vertrag und wenn sie in einer Urkunde niedergelegt wird, diese eine cautio indiscreta. Denn wenn es auch in ihr heißt, daß die Saldoschuld sich aus einer Abrechnung ergebe, so liegt darin doch keine Erwähnung der in die Abrechnung aufgenommenen Thatsachen[23]).

Das Resultat der Abrechnung kann nur aus denselben Gründen, wie überhaupt ein Anerkennungsvertrag angefochten werden; insbesondere ist die Einrede zulässig, daß ein Versehen oder Betrug stattgefunden habe[24]), oder daß einzelne der verrechneten Geschäfte ungültig seien[25]). Werden später Posten geltend gemacht, welche ihrer Natur nach unter die Abrechnung fallen, so kann der Beklagte durch Berufung auf die Abrechnung die Klage zurückweisen, ohne darthun zu müssen, daß sie thatsächlich verrechnet seien.

§ 168. Der Vertragsabschluß.

I. Der obligatorische Vertrag entsteht dadurch, daß zwei Personen sich gegenseitig ihren Willen dahin erklären, daß der Eine

[23]) Die ältere Theorie, welche die Angabe der causa debendi fordert, suchte bei Zulassung der Saldoforderung das Princip durch die Selbsttäuschung zu retten, daß die Erwähnung der Abrechnung als causa debendi ausreichend sei.

[24]) Steiermärk. Landr. art. 163 (Bischoff S. 143): unrechte raittung get wider; Landsgebreich in Steier art. 45 (ebendaselbst S. 144): Die recht mögen auch errorem calculi verbessern, das ist, wan gleich ain raittung beschlossen wer, doch wan ein solliches (da etwan ainer umb vil hundert gulden solle betrogen sein worden) ubersehen darinen befunden wierdt, mit richtiger raittung wider khan uberwisen werden und erstattet, so solle der bedrangt nicht entgelten. — HGB. art. 294: „Die Anerkennung einer Rechnung schließt den Beweis eines Irrthums oder eines Betrugs in der Rechnung nicht aus."

[25]) Seuffert II. no. 36; vgl. auch XV. 194.

dem Andern zu einer Leistung verpflichtet sein und der Andere diese Verpflichtung annehmen will. Wenn in der Regel der Vertrag von dem freien Belieben der Contrahenten abhängt, so kennt unser Recht doch auch Ausnahmen, in denen zu Folge eines Rechtssatzes Jemand verpflichtet ist, mit jeder Person, welche sich zu diesem Zwecke meldet und zur sofortigen Erfüllung ihrer Verbindlichkeit bereit ist, den Vertrag einzugehen[1]). Diese Fälle haben das gemeinsame, daß das Aequivalent, welches derjenige zu leisten hat, welcher den Andern zum Vertrag nöthigt, entweder von vorne herein feststeht oder in unparteiischer Weise von dritter Seite her festgestellt wird. Schon oben (II. § 92 N. 12) ist darauf hingewiesen, daß im Mittelalter Schenkwirthe und Bäcker Jedem Wein und Brod verkaufen mußten, falls der Kaufpreis bar erlegt oder ein ausreichendes Pfand gegeben wird; ebenso mußten Juden und sonstige concessionirte Geldwucherer Geld gegen genügende Sicherheit verleihen[2]). Dasselbe ist gegenwärtig für Personen anzunehmen, welche nach obrigkeitlicher Taxe verkaufen, z. B. Apotheker. Nach dem Preuß. Landrecht (I. 11. § 552) besteht diese Verpflichtung für die Unternehmer von obrigkeitlich erlaubten Lotterien, Glücksbuden und andern dergleichen Glücksspielen. Die Eisenbahnen und Posten sind zur Abschließung von Frachtgeschäften verpflichtet, sofern die Bestimmungen der Reglements beobachtet werden[3]) u. s. w.

II. Bedeutungslos ist es, in welcher Reihenfolge die Willenserklärungen der beiden Contrahenten erfolgen, ob der künftige Schuldner zunächst sich zur Leistung bereit erklärt und darauf der künftige Gläubiger dies Anerbieten annimmt, oder ob der künftige Gläubiger den Andern zum Versprechen der Leistung auffordert und

---

[1]) Wir zählen nicht hieher den Retrakt und die Expropriation, vgl. oben II. § 89. 3, § 92. 3.

[2]) Stobbe die Juden während des Mittelalters S. 113 f., 238, Amiet die französischen und lombardischen Geldwucherer des M.-A., namentlich in der Schweiz. Zürich 1877 S. 48 f.

[3]) HGB. art. 422. — Reichsges. über das Postwesen v. 28. Oktob. 1871 § 3. — Nach der singulären Bestimmung des HGB. art. 522 müssen dem unfreiwillig entlassenen Schiffer auf sein Verlangen die übrigen Rheder die demselben gehörige Schiffspart gegen Auszahlung des durch Sachverständige zu bestimmenden Schätzungswerths abkaufen.

6*

dieser entsprechend dem Willen des Gläubigers das Versprechen leistet[4]).

Der Vertrag ist geschlossen, wenn die Offerte des Einen von dem Andern angenommen ist. Von der Offerte d. h. der Erklärung mit dem Andern (dem Adressaten oder Oblaten) einen Vertrag von einem bestimmten Inhalt schließen zu wollen, falls dieser es will, sind verschieden die bloß vorbereitenden Erklärungen, in denen Jemand in unbestimmterer Weise zu Vertragsschließungen auffordert, und sich allgemein äußert, Sachen verkaufen oder vermiethen, Leistungen übernehmen zu wollen u. s. w., wenn sich Kontraktlustige bei ihm melden und ihm Offerten machen, wie solche Aufforderungen durch öffentliche Anzeigen, Mittheilungen von Preislisten, Proben u. s. w. ergehen. Sie sind keine Offerten sondern lediglich Aufforderungen zu Offerten[5]).

---

[4]) Kuntze Inhaberpapiere S. 353, Siegel das Versprechen als Verpflichtungsgrund, S. 1 ff. und Andere legen Gewicht darauf, daß bei der römischen Stipulation mit der Anfrage des Gläubigers begonnen wird, wogegen bei den deutschen Obligationen das Angebot des Schuldners voranzugehen pflege und der Gläubiger das Angebot annehme. Ich kann darin keinen für die Gestaltung des Rechts relevanten Umstand finden. Ueberdies giebt es ja auch bei uns zahlreiche Verträge, welche sich in ihrer Form der Stipulatio annähern, z. B. das Wechselaccept, wo die Uebergabe des Wechsels von Seite des Präsentanten die Frage und das Accept und die Uebergabe des acceptirten Papiers die bejahende Antwort enthält. Auch kann ich mich nicht mit der Formulirung von Beseler § 101 S. 404 einverstanden erklären: „Die Römer legen das entscheidende Gewicht auf das Recht des Gläubigers, welcher sich den Willen des Schuldners für den Inhalt der Obligation unterwürfig macht. Im Gegentheil davon legen die Deutschen den Hauptnachdruck auf die von dem Schuldner übernommene Verbindlichkeit — das Versprechen, und führen auf die Verpflichtung dieses zu halten, die allgemeine Gültigkeit des Vertrages zurück." Es wird beim Vertrage nicht auf eine Seite der Hauptnachdruck gelegt; beide Seiten korrespondiren einander.

[5]) HGB. § 337: „das Anerbieten zum Verkauf, welches erkennbar für mehrere Personen, insbesondere durch Mittheilung von Preislisten, Lagerverzeichnissen, Proben oder Mustern geschieht, oder bei welchem die Waare, der Preis oder die Menge nicht genau bezeichnet ist, ist kein verbindlicher Antrag zum Kauf." — Zürich. GB. § 907. — v. Jhering in s. Jahrbb. IV. S. 95 f., VII. S. 174 f., Regelsberger Erörter. S. 49 ff. — Der Schweizer Entwurf des Oblig. Rechts art. 439 (1877) ging viel weiter, indem derjenige, welcher eine solche Annonce erließ, verpflichtet sein soll, den ihm gewordenen Auftrag abzulehnen, widrigenfalls der Antrag als angenommen gilt.

III. Bei der Vertragsverhandlung inter praesentes hat der Oblat, wenn er einen Vertrag schließen will, seine Erklärung dem Offerenten sofort abzugeben, und ist Offerent nicht länger gebunden, wenn diese Erklärung unterbleibt; er braucht dann seinen Antrag nicht zu widerrufen, sondern die Offerte ist erloschen[6]).

IV. Sehr bestritten sind die Grundsätze für den Vertragsschluß unter Abwesenden: es ist bestritten, welcher Moment für die Erklärung einer Person entscheidet (der der Abgabe oder des Eingangs bei dem Andern oder der Kenntnißnahme des Andern), ob und wie lange eine Person während der Traktaten an ihre Erklärung gebunden ist und welches der Moment des Vertragsschlusses ist, wenn der Vertrag zu Stande kommt[7]). Wir beschränken uns darauf diese Fragen, für deren Beantwortung die Geschichte unseres Rechts kein Material zu liefern scheint, mit Rücksicht auf die neuere Praxis und die neueren Gesetzgebungen zu erörtern und nehmen auch auf die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches Bezug, welche nicht bloß den Anschauungen der Kaufleute, sondern dem modernen Rechtsbewußtsein entsprechen[8]).

---

[6]) Preuß. Ldr. I. 5. § 94, Oestr. GB. § 862; HGB. § 318: „Ueber einen Antrag unter Gegenwärtigen zur Abschließung eines Handelsgeschäfts muß die Erklärung sogleich abgegeben werden, widrigenfalls der Antragende an seinen Antrag nicht länger gebunden ist.“ Schweizer Obl. R. art. 4.

Die scheinbar abweichende Bestimmung des Preuß. Landr. I. 5. § 104, wonach bei Verhandlungen unter Gegenwärtigen der Antragende dem Oblaten Nachricht von seinem Rücktritt geben soll, erklärt sich daraus, daß hier unter Gegenwärtigen die an demselben Ort, aber schriftlich mit einander verkehrenden Personen verstanden werden; vgl. § 104 mit § 95 und 96.

[7]) Wegen der sehr zahlreichen neueren Literatur verweise ich auf Windscheid § 306 N. * und Thöl § 237 N. 21. Bei Köppen in v. Ihering's Jrhrbb. XI. S. 139—393, besonders S. 281 ff. befindet sich eine eingehende Kritik der verschiedenen Ansichten. — Vgl. außerdem Siegel Versprechen 1873 S. 39 ff., 53 ff., Schloßmann der Vertrag 1876, Kühn in v. Ihering's Jahrbb. XVI. 1877 S. 1—90. — Karlowa das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. Berlin 1877 S. 17 ff. — Thöl (5. Aufl.) § 237, 239, v. Hahn Comm. z. HGB. art. 318—322, Dernburg I. § 107. Für die in Betreff der einzelnen Fragen vertheidigten Ansichten verweise ich der Kürze wegen auf die Citate bei Windscheid. — Ueber die Praxis und modernen Gesetzgebungen vgl. Regelsberger Erörterungen I. S. 39 ff., Schott der obligatorische Vertrag unter Abwesenden. Heidelb. 1873 S. 243—255.

[8]) Freilich wird ihre Angemessenheit auch bestritten, z. B. von Thöl § 239 VI. und Windscheid § 307 N. 7a. a. E.

1. Wenn abwesende Personen mit einander verhandeln, erscheinen ihre Erklärungen (Offerte und Annahme) als perfekt, sobald sie nicht mehr in der Lage sind, dieselben zurückzuziehen. Eine Erklärung ist nicht perfekt, so lange der Bote unterwegs ist und noch einen andern Auftrag erhalten kann, so lange der Brief oder das Telegramm noch nicht beim Adressaten angelangt ist und noch von der Post oder dem Telegraphenamt zurückverlangt werden kann. Das bloße Abgeben der Erklärung (sg. Aeußerungstheorie) genügt nicht zur Entstehung eines Vertrages[9]); denn die abgegebene Erklärung darf durch eine vorher oder gleichzeitig mit ihr beim Adressaten eintreffende Erklärung widerrufen werden[10]). Soll also unter Abwesenden durch Correspondenz oder sonst ein Vertrag zu Stande kommen, so ist es erforderlich, daß die Annahmeerklärung an den

---

[9]) Zu den Vertretern der Aeußerungstheorie (vgl. auch Seuffert XVI. no. 203 Mannheim) gehört auch Thöl § 237 N. 21—24 für das gemeine Recht: der Vertrag sei perfekt, „nachdem das Ja geschrieben ist"; denn jetzt sei die Willenseinigung vorhanden. Dies ist nicht zuzugeben, da das Ja, ohne daß der Offerent dies hindern kann, vom Schreiber ausgestrichen, der Brief nicht abgeschickt, der abgeschickte Brief angehalten oder zurückgefordert werden darf. Nach Thöl würde ein Vertrag auch zu Stande kommen, wenn das Ja gar nicht zum Offerenten gelangt, z. B. der Brief verloren geht, und könnte sich der Offerent nicht wegen ausbleibender Antwort von der Offerte lossagen. Wechselordnung art. 21 Abs. 4, wonach ein einmal geschriebenes Accept nicht wieder ausgestrichen werden darf, liefert keinen Gegenbeweis, da dies ein singulärer utilitatis causa eingeführter Rechtssatz ist. — Gegen die Aeußerungstheorie besonders Köppen S. 315 ff. Sehr richtig bemerkt derselbe S. 318, daß nach ihr die Uebermittelung auch unterbleiben könnte: „es muß die Acceptation gültig erfolgt sein, wenn der Oblat den Annahmebrief, statt ihn auf die Post zu geben, zurückbehält und den Boten nach der Information statt an den Offerenten, nach Hause schickt, . . . der Offerent kann also zum Zweck der Vertragsvollendung überhaupt keine Antwort fordern" u. s. w.

[10]) Sächs. GB. § 815: „Willenserklärungen an einen Abwesenden sind für geschehen zu betrachten, wenn sie an den Abwesenden gelangt sind. Sie sind unwirksam, wenn sie bis dahin widerrufen werden." HGB. art. 320, Schweiz. Obl. R. art. 7. — Gegen andere Ansichten, welche noch längere Zeit den Widerruf zulassen, Köppen S. 299.

Thöl § 239 V. giebt obigen Satz für den Widerruf der Offerte zu, aber er verwirft ihn für den Widerruf der Annahmeerklärung und will ihn de lege ferenda aus dem HGB. beseitigt wissen. Vgl. gegen ihn besonders v. Hahn zu art. 320 § 5, Regelsberger S. 34 f., Windscheid § 306 N. 6, 10.

Offerenten gelangt ist (sg. Empfangstheorie)[11]) und zwar zu einer Zeit gelangt ist, zu welcher er noch seine Offerte aufrecht erhielt oder aufrecht zu erhalten verpflichtet war. Dagegen darf man nicht verlangen, daß der Offerent auch Kenntniß von der Annahmeerklärung genommen habe, daß sie ihm zum Bewußtsein gelangt sei (sg. Vernehmungstheorie)[12]).

2. Gelangt die Annahmeerklärung rechtzeitig an den Offerenten und kommt auf diesem Wege der Vertrag zu Stande, so werden die Wirkungen des Vertrages, z. B. in Ansehung des Ueberganges der Gefahr, auf denjenigen Moment zurückbezogen, an welchem der Acceptant „alles gethan hat, was von seiner Seite zur Bekanntmachung seiner Erklärung an den Antragenden erforderlich war"[13]), also auf den Moment, wo dem Boten der Auftrag ertheilt, der Brief in den Postkasten gesteckt, das Telegramm auf der Anstalt aufgegeben ist.

3. Während nach allgemeinem Recht der Offerent an seine Offerte nicht gebunden ist und sie so lange widerrufen kann, als sein Antrag nicht vom Andern angenommen ist[14]) und er nach weit ver-

---

[11]) Preuß. Ldr. I. 5. § 105 (Regelsberger S. 43 f.); Oestr. GB. § 862 (die Annahme muß dem Offerenten „bekannt gemacht werden"; was nicht identisch ist mit „bekannt geworden sein"); Zürich. GB. § 904, 906 („mitgetheilt werden, zur Kenntniß gebracht worden"; es muß z. B. „der zustimmende Brief an die Adresse gelangt" sein); Sächs. GB. § 815 („wenn sie an den Abwesenden gelangt sind"); HGB. § 319, 320; Schweizer Obl. R. art. 3 („bei ihm eingetroffen ist", auch art. 5; dagegen Entw. v. 1878 art. 16: „wenn der Andere die Annahme . . . zur Kenntniß bringt"). Regelsberger S. 44 f. nimmt m. E. mit Unrecht für das Züricher, Sächs. und HGB. an, daß sie die Vernehmungstheorie enthalten.

[12]) Vgl. gegen dieselbe Köppen S. 297 ff., v. Hahn zu art. 319 § 11, 320 § 1, 2. — Diese Theorie enthält der Dresdener Entw. art. 45 („zur Kenntniß des Antragenden gelangt") und der Baier. Entw. II. 1. art. 8 („zur Kenntniß des Anbietenden gelangt") und befolgen auch mehrere Gerichte; der Offerent soll den Brief empfangen und gelesen haben, Stuttg. Seuffert I. 194, VIII. 24, Lübeck Seuffert III. 310, V. 116, Cassel III. 19.

[13]) Preuß. Ldr. I. 5. § 102, wo die oben angeführten Worte gebraucht sind, vgl. mit § 80 (Regelsberger S. 43 f.); HGB. art. 321: „Der Zeitpunkt, in welchem die Erklärung der Annahme Behufs der Absendung abgegeben ist"; Schweizer Obl. R. art. 8. — Der Satz des HGB. scheint von Dernburg I. § 107 N. 14 mißverstanden zu sein.

[14]) An das gemeine Recht schließt sich das Sächs. GB. § 816 an, welches

breiteter Ansicht im Falle des Widerrufs dem Andern nur das negative Vertragsinteresse zu ersetzen hat[15]), nehmen die meisten neueren Gesetze entsprechend den Bedürfnissen des Verkehrs und dem modernen Rechtsbewußtsein[16]) eine zeitweilige Gebundenheit des Offerenten an; er ist nicht zu Folge eines präsumirten Vertrages, sondern zu Folge seiner einseitigen Erklärung vorläufig gebunden. Wer den Vertrag will, muß sich so lange einseitig binden, bis die Gegenerklärung erfolgt, resp. bis innerhalb gewisser Zeit keine Antwort kommt, was der Ablehnung der Offerte gleich steht. Er ist durch seine Offerte suspensiv bedingt verpflichtet[17]).

4. Die Zeit während deren er seine Offerte aufrecht erhalten

---

ja in vielen Beziehungen nur eine Codifikation des Pandektenrechts ist; doch macht es die Modifikation, daß kein beliebiger Widerruf zulässig ist, wenn der Anbietende erklärt eine gewisse Zeit hindurch gebunden sein zu wollen. Aehnlich Zürich. GB. § 905, welches aber im § 906 Ausnahmen für den Handelsverkehr zuläßt. Vgl. auch Seuffert II. no. 17 (Dresden).

Will man keine Gebundenheit des Offerenten in Folge seiner Offerte annehmen, so steht auch nichts im Wege ihn, wenn er innerlich nicht mehr wollte, noch im Moment des Eintreffens des Accepts seine Offerte widerrufen zu lassen. Man begreift nicht, warum durch das Eintreffen der Annahmeerklärung die Offerte unwiderruflich werden soll.

[15]) Regelsberger S. 76: „Die Rechtshülfe in solchen Verhältnissen von dem Schadensbeweise abhängig machen, heißt nicht viel weniger, als die Rechtshülfe verweigern." Gegen das negative Vertragsinteresse als nicht praktikabel und nicht billig vgl. auch Köppen S. 304 f.

[16]) Ich wage nicht zu sagen: entsprechend dem alten deutschen Recht. Denn wie dieses die Frage auffaßte, wissen wir nicht. — Gegen die zeitweilige Gebundenheit, als nicht gerecht, erklärt sich de lege ferenda Windscheid § 307 N. 7ᵃ; vgl. auch Siegel S. 59. — Köppen S. 336 ff. hat es für das Röm. Recht versucht, die bindende Kraft der Offerte nachzuweisen, ohne aber Zustimmung zu finden.

[17]) Siegel S. 20 ff., 42 ff. nimmt hier eine besondere „Verpflichtung im Wort zu bleiben" an, welche man von der Verpflichtung das Versprechen zu erfüllen unterscheiden müßte; ihm sind in dieser Unterscheidung gefolgt Löning Vertragsbruch S. 130 ff., Pernice in Goldschm. Ztschr. XX. S. 291, Gengler S. 436. Meines Erachtens kommt man mit der bedingten Verpflichtung einfacher aus. Der Offerent erklärt: ich will dir verpflichtet sein, wenn du mir in bestimmter Zeit antwortest, daß du mich als Verpflichteten willst; er verspricht eine unter einer Bedingung eingegangene Verpflichtung zu erfüllen, falls diese Bedingung eintritt, Stobbe Ztschr. f. RG. XIV. S. 257 ff.

muß, kann von ihm selbst bei seinem Angebot bezeichnet worden sein. Während er nach gemeinem Recht auch in dem Falle, daß er dem Oblaten eine bestimmte Frist zum Accept gesteckt hat, zum Widerruf berechtigt wäre[18]), ist er nach den neueren Partikularrechten zu Folge seiner einseitigen Erklärung unter der Bedingung verpflichtet, daß die zustimmende Antwort in der festgesetzten Frist eintrifft[19]). Fehlt es an einer konkreten Festsetzung, so dauert sein Gebundensein so lange, bis bei ordnungsmäßigem Geschäftsgange die Antwort von der andern Seite eingelaufen sein kann[20]).

5. Trifft von dem Oblaten gar keine Antwort ein[21]) oder geht dem Offerenten die zustimmende Antwort erst nach der gesetzlichen oder von letzterem bestimmten Frist zu, so entsteht kein Vertrag: die Offerte ist nach Ablauf der Frist erloschen[22]). Doch for-

---

[18]) Wächter II. S. 737 N. 2, Windscheid § 307 N. 6, 7 und Andere behaupten, daß bei Festsetzung einer Frist auf das Recht des Widerrufs einseitig verzichtet werden könne. Man fragt dagegen, warum, wenn eine Offerte nicht bindet, der einseitige Verzicht diese Wirkung haben soll. — Regelsberger S. 70 ff. nimmt dann einen Verzichtsvertrag an, wenn das Verzichtsanerbieten von der andern Seite nicht abgelehnt sei. Also ein Vertrag ohne Vertrag; vgl. dagegen Köppen S. 303 ff., Siegel S. 61 ff., 74 f.

[19]) Preuß. Ldr. I. 5. § 91, Oestr. GB. 862, Sächs. GB. § 816 (vgl. N. 14), Schweizer Obl. R. art. 3, Dresdener Entw. art. 45 (N. 12). — Siegel S. 69 bis 75.

[20]) Diese Zeit wird durch die Gesetze positiv bestimmt: Preuß. Landr. I. 5. § 90, 93, 95—100, 103: Der Oblat soll den Antrag mit der nächsten Post beantworten; „wegen möglicher Zwischenfälle soll aber vom Offerenten auch noch der nächste Posttag abgewartet werden". — Oestr. GB. § 862: die Annahme soll „innerhalb jenes Zeitraumes, welcher zur zweimaligen Beantwortung nöthig ist, erfolgen." — Handels GB. art. 319: der Antragende ist „bis zu dem Zeitpunkte gebunden, in welchem er bei ordnungsmäßiger rechtzeitiger Absendung der Antwort den Eingang der letzteren erwarten darf"; ebenso Schweizer Obl. R. art. 5.

[21]) An sich ist Niemand verpflichtet eine Offerte zu beantworten. — Eine Ausnahme gilt nach HGB. art. 323: „Wenn zwischen dem Kaufmann, welchem ein Auftrag gegeben wird, und dem Auftraggeber eine Geschäftsverbindung besteht, oder sich derselbe gegen letzteren zur Ausrichtung solcher Aufträge erboten hat, so ist er zu einer Antwort ohne Zögern verpflichtet, widrigenfalls sein Schweigen als Uebernahme des Auftrags gilt". — Vgl. auch unten § 171 II. 2.

[22]) Oestr. GB. § 862, Sächs. GB. 816, 817. — In demselben Sinne sind die Worte des HGB. art. 319 vgl. auch art. 318 „bis zu dem Zeitpunkt

dern einzelne Gesetzgebungen, daß der Offerent in diesem Falle den Oblaten benachrichtigen solle, damit dieser nicht in dem Glauben lebe, es sei ein Vertrag zu Stande gekommen[23]). Insbesondere bestimmt das HGB. art. 319 Abs. 2[24]): „Trifft die rechtzeitig abgesandte Annahme erst nach diesem Zeitpunkte ein, so besteht der Vertrag nicht, wenn der Antragende in der Zwischenzeit oder ohne Verzug nach dem Eintreffen der Annahme von seinem Rücktritt Nachricht gegeben hat.“ Hiernach entsteht trotz des Erlöschens der Offerte ein Vertrag, wenn der Offerent den Andern nicht von dem verspäteten Eintreffen der rechtzeitig abgesandten Antwort benachrichtigt. Die bona fides verlangt die Benachrichtigung und wer sie durch Schweigen verletzt, wird, gleich viel welches seine Absicht ist, so behandelt, als ob er nachträglich die erloschene Offerte wieder aufnehme und die Entstehung des Vertrages wolle[25]). Wenn dagegen die Antwort des Oblaten wegen verspäteter Absendung verspätet eintraf, ist der Offerent nicht verpflichtet, dem Oblaten das Erlöschen der Offerte kund zu thun[26]). Doch kann er diese Antwort als neue Offerte behandeln und durch rechtzeitig abgesandte Zustimmung den Vertragsschluß bewirken[27]).

---

gebunden“ u. s. w. zu deuten: die Erklärung des Offerenten besteht nicht mehr, die Offerte ist erloschen; vgl. v. Hahn zu art. 318 § 4, zu art. 319 § 3, wogegen Siegel S. 56 der Ansicht ist, daß der Offerent nur ein Reurecht habe.

[23]) Nach dem Preuß. Landr. I. 5. § 103, 104 soll der Offerent, auch wenn keine Antwort eintrifft, den Abwesenden mit der nächsten Post benachrichtigen, daß er den Antrag zurücknehme, — eine Bestimmung, welche für den Offerenten mit großer Beschwerniß verbunden sein kann (Regelsberger S. 84; dagegen spricht sich Köppen S. 380 für eine solche Bestimmung gegenüber dem HGB. aus). Unterbleibe diese Benachrichtigung, so hafte der Offerent dem Oblaten, falls derselbe rechtzeitig acceptirt hat, für das negative Vertragsinteresse § 105.

[24]) Vgl. auch Schweizer Obl. R. art. 5.

[25]) Während er nach dem Preuß. Ldr. (N. 23) für das negative Vertragsinteresse haftet, soll er hier erfüllen oder für das Erfüllungsinteresse einstehen.

[26]) Es ist also möglich, daß sich der Oblat in einem Irrthum über das Zustandekommen des Vertrages befindet; doch ist dies ein schuldvoller Irrthum. — Siegel glaubt, daß in diesem Fall ein Vertrag entstanden sei, aber der Offerent ein temporär unbegrenztes Reurecht habe, vgl. dagegen Stobbe Ztschr. f. RG. XIV. S. 256 f.

[27]) v. Hahn zu art. 319 § 9.

6. Eine Annahme der Offerte unter Modifikationen (Bedingungen, Einschränkungen) ist eine Ablehnung mit einer neuen Offerte; für die Antwort des ersten Offerenten auf dieselbe und die Entstehung eines Vertrages kommen die obigen Grundsätze zur Anwendung[28]).

7. Nach Römischem Recht erlischt die Offerte, wenn der Offerent vor Abschluß des Vertrages stirbt oder indispositionsfähig wird, und es können beim Tode des Oblaten seine Erben die Offerte nicht annehmen[29]). Nach heutigem Recht geht die Gebundenheit des Offerenten auch auf seine Erben über und dürfen auch die Erben des Oblaten acceptiren, außer wenn nach der Art des Antrags anzunehmen ist, daß der Vertrag nur zwischen den ursprünglich verhandelnden Personen zu Stande kommen sollte[30]).

§ 169. Insbesondere die Versteigerung[1]).

Ein besonderer Weg, die Vertragsschließung inter praesentes herbeizuführen, ist die Versteigerung, bei Mobilien Auktion, bei Immobilien Subhastation, bei Uebernahme von Lieferungen Licitation genannt u. s. w.[2]). Der Versteigerer erläßt die Erklärung, er wolle eine Sache für den höchsten ihm gebotenen Preis verkaufen,

---

[28]) Pr. Ldr. I. § 84, 85, HGB. art. 322. Zu einer Rückantwort ist also der erste Offerent nicht verpflichtet.

[29]) Windscheid § 307 N. 9—12, Seuffert XIV. no. 15 (Lübeck), XXXI. no. 22 (Rostock). — Anderer Ansicht bereits für das gemeine Recht Köppen S. 357 f.

[30]) Preuß. Ldr. I. 5. § 106—108, Sächs. GB. § 818, HGB. 297.

[1]) Kindervater in v. Jhering's Jahrbb. VII. S. 1—20, 356—375. — v. Jhering ebendas. S. 166—178, 376—394. — Unger das. VIII. S. 134—137. — R. Koch in Busch Arch. IV. S. 261 ff., besonders S. 268 ff. — Just. Olshausen de auctionis natura. Diss. inaug. Berol. 1867. — Regelsberger civilr. Erörter. I. S. 162—195. — Reuling in v. Jhering's Jahrbb. X. S. 355—376. — Siegel Versprechen S. 82—90 und dazu Unger in seiner Kritik in Grünhuts Ztschr. I. S. 368 f. — Reyscher II. § 423. — Thöl § 245. — Dernburg II. § 14.

[2]) Seit dem 14. Jahrhundert mit dem aus dem Romanischen zu uns gekommenen Wort Gant bezeichnet; vgl. über dasselbe Grimm's (Hildebrand) Wörterbuch IV. S. 1282 ff.; über die Ableitung auch v. Meibom Pfandrecht S. 103 N. 249.

vermiethen u. s. w., eine Lieferung demjenigen übertragen, welcher das mindeste verlangt, und wolle die Entscheidung darüber in einem Termin erfolgen lassen, in welchem die Contraktslustigen erscheinen und ihre Gebote abgeben. Die Versteigerung kann in verschiedener Tendenz vorgenommen werden:

a) Der Versteigerer bietet die Sache, um bei dem gewöhnlichen Falle des Verkaufs stehen zu bleiben, mit einer ihn bindenden Verkaufsofferte aus. Eine solche Tendenz des Versteigerers darf nicht präsumirt werden, kann sich aber nach der Lage des konkreten Falls oder nach der Verkehrssitte ergeben[3]). Der Vertrag kommt durch Acceptation zu Stande, dadurch daß Jemand einen bestimmten Preis bietet. Doch ist er unter einer Resolutivbedingung geschlossen[4]). Der Vertrag löst sich durch ein Mehrgebot von einer

---

[3]) Daß dies nach dem heutigen Recht nicht die Regel bildet, nehme ich mit den meisten Schriftstellern gegen Kindervater an; vgl. auch unten N. 7. Unger Jahrb. VIII. S. 135 ff. vermuthet diesen Willen des Versteigerers, wenn er einen Ausrufungspreis proklamirt, unter welchem die Sache nicht fortgehen soll; Widerspruch erhebt Reuling S. 357. — Mit Windscheid § 308 N. 11 scheint mir der Zuschlag in solchen Fällen nothwendig, wo der Versteigerer die Preise von oben nach unten zu ausruft, weiter hinabsteigend, bis Einer auf die von ihm genannte Summe eingeht, — diesen Gebrauch kann man auf der Leipziger Messe häufig beobachten. Bei jedem neuen Ausrufe eines Preises ist eine neue Offerte anzunehmen. — Nach dem Braunschweiger Recht (Steinacker § 115 N. 2, 3) muß der Zuschlag auch bei noch so geringem Angebot erfolgen. — Für diesen Willen bei der Versteigerung wird in dem Sächs. GB. § 819 präsumirt: „Bei Versteigerungen an den Meistbietenden oder Wenigstnehmenden ist, wenn die Versteigerungsbedingungen nicht etwas Anderes bestimmen, sobald ein Gebot gethan wird, der Vertrag mit dem Bietenden unter der Bedingung geschlossen, daß innerhalb der vorbestimmten Zeit oder bis zum Zuschlage kein besseres Gebot geschieht. Erfolgt zeitig ein besseres Gebot, so löst sich der Vertrag mit dem früheren Bieter auf und der Versteigernde ist nicht berechtigt, das bessere Gebot zurückzuweisen und den früheren Bieter an sein Gebot zu halten." — Dresd. Entw. art. 53. — Dies gilt auch nach der Reichs-Civ. Proz. Ordnung § 718 für die Versteigerung von Mobilien im Exekutionsverfahren. Wenn § 721 bestimmt: „Gold- und Silbersachen dürfen nicht unter ihrem Gold- oder Silberwerthe zugeschlagen werden," so liegt bei ihrer Versteigerung eine Offerte vor, die Sache dem Meistbietenden zuzuschlagen, falls sein Gebot die betreffende Höhe erreicht.

[4]) Andere nehmen eine Suspensivbedingung an, Windscheid § 308 N. 12; für die Resolutivbedingung auch Sächs. GB. § 819.

dritten Seite her auf und der frühere Bieter wird durch dasselbe frei. Für den letzten Bieter wird der Vertrag dadurch zu einem unbedingten, daß kein anderes Gebot weiter erfolgt und der Versteigerer zum Zeichen dafür, daß er keinen Versuch eines höheren Gebots mehr machen wolle und die Versteigerung schließe, den Zuschlag ertheilt. Hier hat der Zuschlag nicht die Bedeutung des Consenses von Seiten des Versteigerers; er ist auch überflüssig, da der Vertrag dadurch definitiv zu Stande gekommen ist, daß kein weiteres Gebot erfolgte[5]). Wenn der Versteigerer kein Minimum angegeben hat, unter dem er die Sache nicht losschlagen will, wenn er also nicht eine bedingte Offerte gemacht hat, muß er sie unbedingt demjenigen veräußern, welcher das höchste Gebot thut[6]).

b) Der Versteigerer erläßt bei der Einladung zur Versteigerung die Aufforderung ihm Offerten zu machen[7]). Hier kommt der Vertrag nicht durch Gebot des Einzelnen, sondern durch die Annahme des Gebots von Seiten des Versteigerers zu Stande. Der einzelne Bieter giebt ein einseitiges bindendes Versprechen ab, die Sache für den von ihm gebotenen Preis kaufen zu wollen[8]). Dies

---

[5]) Seuffert XX. no. 214 (Stuttg.).

[6]) Windscheid § 308 N. 11. — Daher halte ich auch nicht für begründet die Ausführung Thöl's § 245 III.: „In dem Bieten einer Summe, welche im Verhältniß zu dem Marktpreis so gering ist, daß noch irgend Zweifel obwalten können, ob ein wohlfeiler Kauf und nicht vielmehr eine Schenkung sich vollziehen würde, liegt eine Offerte des Bieters vor, welche der Acceptation des Versteigerers bedarf; erst wenn eine größere Summe, welche keinen Zweifel läßt, daß durch sie ein Kauf, wenngleich zu einem wohlfeilen Preise sich vollzieht, geboten ist, liegt in dem Bieten die Acceptation einer Offerte vor und es steht von nun an der Fall demjenigen gleich, daß der Versteigerer einen Minimalpreis ausdrücklich erklärt hat." Wer soll darüber entscheiden, ob bei dem gebotenen Preise sich ein Kauf oder eine Schenkung vollziehen würde? Auch steht der Thöl'schen Auffassung der nicht ungewöhnliche Usus bei Versteigerungen von Büchern, Kupferstichen entgegen, daß Sachen, auf die gar kein Gebot erfolgte, demjenigen zugeschlagen werden, welcher die bei der Auktion folgende Sache ersteht.

[7]) Daß dies h. z. T. die Regel sei (N. 3), vgl. gegen Kindervater unter Andern v. Ihering S. 167 ff., 381 ff., Regelsberger S. 170 f., Siegel S. 84; Windscheid N. 16. — Seuffert XXIV. no. 22 (Berlin). — Preuß. Ger. O. I. 52. § 38, Züricher GB. § 1470, 1472, die verschiedenen Entwürfe bei Siegel S. 83 N. 2.

[8]) Ich stimme durchaus Siegel S. 87 ff., 89 f. zu, daß der Grund der

Versprechen ist aber unter der Resolutivbedingung gegeben, daß es fortfallen und der Bieter frei werden soll, sobald ein höheres Gebot erfolgt[9]). Will der Versteigerer den Bieter nicht dann als entlassen betrachten, wenn ein höheres Gebot erfolgt, sondern sich unter verschiedenen Bietern das Wahlrecht vorbehalten, so bedarf es bei Festsetzung der Versteigerungsnormen einer derartigen besondern Erklärung[10]). An sich hat der höchste Bieter einen Anspruch darauf, daß ihm kein Anderer vorgezogen werde[11]).

Auch ohne besonderen Vorbehalt darf bei dieser Tendenz der Versteigerung der Versteigerer seine Proposition zurückziehen, die Versteigerung aufgeben, und andererseits demjenigen, welcher das höchste Gebot gethan hat, den Zuschlag verweigern[12]).

Perfekt wird der Vertrag dadurch, daß der Offerent dem höchsten Gebot zustimmt und die Sache dem Bieter zuschlägt. Ertheilt er den Zuschlag nicht in dem Termin selbst, so hört der höchste Bieter auf an sein Gebot gebunden zu sein[13]).

Falls der Ersteher die Sache nicht annimmt und den Kaufpreis nicht zahlt, kann nach positiven Bestimmungen der Versteigerer

---

Unwiderruflichkeit ein einseitiges Versprechen und nicht ein Vertrag ist, zu dessen Begründung die verschiedenen Schriftsteller die mannigfaltigsten Konstruktionen vergeblich versucht haben.

[9]) Vgl. die Nachweisungen bei Regelsberger S. 177 f.

[10]) Anderer Ansicht besonders de lege ferenda v. Ihering S. 178; es erlösche das einzelne Gebot nicht dadurch, daß es überboten werde und es behalte der Versteigerer das Wahlrecht (gemildert S. 387); vgl. dagegen Kindervater S. 357 f., 373 und die Citate S. 364 N., Windscheid N. 13, 17, ganz besonders aber Thöl § 245 N. 11—16, Code de procedure civ. art. 707 und die verschiedenen Entwürfe in Ihering's Jahrbb. VII. S. 366, 388 N.

[11]) A. A. Regelsberger S. 182.

[12]) v. Ihering S. 171, 177, 382 f., Reuling S. 357 f. — Preuß. Ger. O. I. 52. § 38. — Seuffert VIII. no. 38, XX. no. 24 (Stuttgart).

[13]) Thöl § 245 N. 17. — Seuffert VI. 183 (Dresden). — Es kann aber in den Versteigerungsbedingungen auch eine andere Zeit angegeben sein, innerhalb deren der höchste Bieter gebunden sei; durch sein Mitbieten hat er sich dieser Bestimmung unterworfen, Seuffert XI. 134, 219 (Mannheim, Kiel). — Bisweilen wird die Dauer des Termins durch das Brennen eines Lichts bestimmt und der Zuschlag ertheilt, nachdem es abgebrannt ist, Grimm R. A. S. 610 f., vgl. auch Code de proced. civ. 707.

die Sache noch einmal auf Gefahr des Erstehers versteigern und muß letzterer bei Erzielung eines geringeren Preises die Differenz erlegen[14]).

§ 170. Der Vertragsabschluß durch Stellvertreter[1]).

I. Nach Römischen Recht erzeugt der Regel nach der Vertrag nur Wirkungen unter den Contrahenten, auch wenn ein Contrahent erklärt, nicht für sich, sondern als Stellvertreter für einen Andern den Vertrag abzuschließen: der Stellvertreter wurde der Regel nach berechtigt und verpflichtet und der Vertretene (der Prinzipal) bedurfte der Cession, um die Forderung geltend machen zu können. Dem steht die germanische und überhaupt moderne Rechtsauffassung gegenüber[2]): wenn der Stellvertreter erklärt, den Vertrag für einen Andern abzuschließen und sich dabei innerhalb der Grenzen der ihm ertheilten Vollmacht hält, so treten die Wirkungen des Vertrages nicht zwischen ihm und dem dritten Contrahenten, sondern zwischen dem Vertretenen und dem Dritten ein: nur der Vollmachtgeber wird berechtigt und verpflichtet ganz so als ob er selbst contrahirt hätte[3]). Diese Prinzipien sind in allen neueren Gesetzgebungen zum

---

[14]) Reichs-Civilproz. O. § 718.

[1]) Buchka die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen. Rostock. 1852. (für das neuere Recht besonders S. 202 ff., 226 ff., Dogmengeschichte S. 214 ff.), Savigny Obl. R. II. S. 21 ff., Laband in Goldschm. Ztsch. X. S. 183 ff., Zimmermann die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum gestio. Straßb. 1876.

Da die Lehre von der Stellvertretung wesentlich ein Produkt der neueren gemeinrechtlichen Wissenschaft ist und die ältern deutschen Quellen keine grundlegenden Normen über sie enthalten, genügt hier eine kürzere Behandlung.

[2]) So wahrscheinlich es ist, daß diese Anschauung schon dem ältern deutschen Recht angehörte, daß sie sich nicht erst nach der Reception entwickelte, sondern daß hier volksthümliches Recht sich mit Zähigkeit dem fremden Recht gegenüber erhielt, so wenig vermag ich dies aus den ältern Quellen zu erweisen.

[3]) Es ist daher irrig von fingirter Cession zu sprechen; denn bei dieser wird vorausgesetzt, daß die Forderung zunächst in der Person des Andern (des Vertreters) entstanden ist.

Ausdruck gebracht[4]) und werden auch in der gemeinrechtlichen Praxis und Literatur anerkannt[5]).

Der Stellvertreter ist weder berechtigt die von ihm abgeschlossenen Verträge gegen den andern Contrahenten zu verfolgen[6]), noch kann er von demselben in Anspruch genommen werden, auch nicht soweit als er Vermögen des Vertretenen in Händen hat[7]). Die Voraussetzungen für die Entstehung der Obligation in der Person des Prinzipals sind, daß der Vertreter das Geschäft innerhalb der Grenzen seiner Vollmacht abschloß und daß er sich ausdrücklich oder thatsächlich den Umständen nach als Vertreter gerirte[8]). Fehlte es an der Bezugnahme auf den Prinzipal, so entsteht der Vertrag in der Person des Stellvertreters und kann der Prinzipal nicht ohne weiteres (in Folge fingirter Cession), sondern nur nach wirklich erfolgter Cession gegen den dritten Contrahenten klagen[9]).

---

[4]) C. Max. Bav. IV. 9. § 7, Preuß. Ldr. I. 13. § 85, 153, C. civ. 1997, 1998, Zürich. GB. § 949, Sächs. GB. § 788, 1317, HGB. art. 52, 230, 241, 298, 368, 461, 502, Schweizer Obl. R. art. 36, Dresdener Entw. art. 84.

[5]) Nur gering ist die Zahl der dissentirenden Stimmen, welche am Röm. Recht festhalten, vgl. darüber Windscheid § 73 N. 16, § 313 N. 4.

[6]) Wenn nach dem HGB. art. 42 der Prokurist „zu allen Arten von gerichtlichen . . . Geschäften und Rechtshandlungen, welche der Betrieb eines Handelserwerbes mit sich bringt," ermächtigt ist und demgemäß aus den von ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäften klagen darf, so liegt der Grund hiefür nicht darin, daß er das Rechtsgeschäft als institor abschloß, sondern daß er in Rücksicht auf die Firma den Prinzipal nach allen Richtungen vertritt. Er hat dasselbe Klagrecht auch mit Bezug auf die vom Prinzipal oder von andern Vertretern abgeschlossenen Verträge.

[7]) Thöl § 75 N. 44 ff., Seuffert XVII. no. 240, Entsch. des ROHGer. XIX. 326 f. — Anders früher mit Bezug auf den handelsrechtlichen Institor nach dem Preuß. Ldr. II. 8. § 541, 542 und nach dem Sächs. GB. § 1318: „der Beauftragte kann aus den mit einem Dritten im Namen des Auftraggebers geschlossenen Geschäften in Anspruch genommen werden, soweit er dem Auftraggeber gehörige, zur Befriedigung des Dritten geeignete Mittel in Händen hat."

[8]) Schweiz. Obl. R. art. 37. — Nach Preuß. Ldr. I. 13. § 8, 9 ist eine weitere Voraussetzung für die Klage des Dritten gegen den Machtgeber, daß der Bevollmächtigte durch einen schriftlichen Auftrag legitimirt war; fehlt es an demselben, so kann er sich nur an den Bevollmächtigten halten und von diesem sowohl Schadloshaltung als Abtretung seiner Rechte an den Machtgeber fordern.

[9]) Preuß. Ldr. I. 13. § 154, Zür. GB. § 950, Sächs. GB. § 790, 791,

Schloß Jemand einen Vertrag auf den Namen eines Andern ab ohne Vollmacht zu haben oder mit Ueberschreitung seiner Vollmacht, so wird der Vertretene nicht verpflichtet: es hängt von seinem Willen ab, ob er durch Genehmigung das Geschäft will für sich wirksam werden lassen. Genehmigt er nicht, so hat der Dritte gegen den Vertreter keine Klage, falls er wußte oder wissen mußte, daß derselbe ohne oder gegen die Vollmacht handelte[10]). Hatte der Dritte aber schuldlos nicht diese Kunde, so kann er denjenigen, welcher sich als Bevollmächtigter gerirte, auf Schadensersatz oder auf Erfüllung des Vertrages in Anspruch nehmen[11]).

Nach Röm. Recht erlischt die Vollmacht mit dem Tode oder mit der eintretenden Handlungsunfähigkeit des Vollmachtgebers; nach Deutschem Recht ist das nicht der Fall, wenn sie ausdrücklich mit auf die Erben gerichtet war oder die Geschäftsführung erst nach dem Tode des Auftraggebers eintreten sollte[12]). Für kaufmännische Geschäfte stellten bereits einzelne Partikularrechte[13]) die Präsumtion auf, daß die Vollmacht durch den Tod des Prinzipals nicht erlischt, und nach dem Handelsgesetzbuch (art. 54, 297) ist dies allgemein der Fall.

II. Von dem Satz, daß der Prinzipal nur dann verpflichtet wird, wenn der Vertreter der ihm ertheilten Vollmacht gemäß gehandelt hat, macht das neuere Recht besonders das Handelsgesetzbuch mehrere Ausnahmen:

1. Die Vollmacht gewisser Vertreter ist vom Gesetz in der

Schweiz. Obl. R. art. 37. — Seuffert XI. no. 149, XIII. no. 93, XVIII. no. 241. — Das gilt also für den Commissionär, welcher Handelsgeschäfte für Rechnung eines Auftraggebers, aber im eigenen Namen abschließt, HGB. art. 360, 368. — Im konkreten Fall kann die Entscheidung schwierig sein, ob Jemand als Stellvertreter oder als Commissionär kontrahirt hat; Entsch. des ROHGer. II. no. 89. S. 402—405.

10) Sächs. GB. § 1317, Seuffert XII. no. 28.

11) Zürch. GB. § 954, Sächs. GB. § 789, WechselO. art. 95, HGB. art. 55, 502, Schweiz. Obl. R. art. 48, Dresd. Entw. art. 89. — Windscheid § 74 N. 8, Endemann § 31 N. 20, 21, Laband S. 232 ff., v. Hahn zu art. 55, § 5, Dernburg § 113 N. 14.

12) Preuß. Ldr. I. 13. § 186, 190, Oestr. GB. § 1022, 1025, Sächs. GB. § 1324. — Seuffert XI. no. 239.

13) Preuß. Ldr. I. 13. § 191.

Weise positiv normirt, daß sie vom Vollmachtgeber nicht mit Wirkung für den dritten Contrahenten eingeschränkt werden darf. Der Bevollmächtigte verpflichtet den Vollmachtgeber unbedingt, auch wenn er den ihm gewordenen Auftrag überschreitet. Dies gilt nach dem Handelsgesetzbuch für den Prokuristen, für den offnen Gesellschafter, für die Liquidatoren einer offnen Handelsgesellschaft, für den Vorstand einer Aktiengesellschaft[14]). In solchen Fällen kann der Vollmachtgeber sich nicht einmal darauf berufen, es sei dem Dritten bekannt gewesen, daß die gesetzliche Vollmacht eingeschränkt sei.

2. In anderen Fällen ist die Vollmacht gleichfalls gesetzlich normirt, aber eine Einschränkung derselben zulässig; jedoch wird bei Ueberschreitung derselben der Vollmachtgeber auch dann durch die Verträge des Vertreters verpflichtet, wenn der dritte Contrahent die Einschränkung nicht kannte. Dies gilt für den Correspondentrheder und für den Schiffer[15]), nach Preußischem Recht auch für den Vormund[16]).

3. Partikulär verpflichtet der Magistrat eine Stadtgemeinde durch seine Verträge, auch wenn er nicht die Genehmigung der Stadtverordneten einholte, obgleich er nach der Stadtverfassung dazu verpflichtet war[17]).

Die Preußische Kirchengemeinde- und Synodalordnung vom 10. Sept. 1873 § 22 bestimmt: „zu jeder die Gemeinde verpflichtenden schriftlichen Willenserklärung des Gemeindekirchenraths bedarf

---

[14]) HGB. art. 42, 43. — art. 114, 116. — art. 137, 138. — art. 227, 231. — Entsch. des ROHGer. V. S. 294 ff., VI. S. 132 ff., XII. S. 35 f., XIX. S. 335 f., auch Ernst Meier über den Abschluß von Staatsverträgen. 1874 S. 39 ff. — Allgemein über die Fälle des HGBuchs Laband S. 218.

[15]) HGB. art. 460, 462, 463. — art. 500 vgl. mit art. 495—497, 499.

[16]) Dernburg das Vormundschaftsrecht der Preuß. Monarchie (2. Aufl.) 1876 § 31 N. 4. — Ueber den Fall, daß das Gericht keinen Gegenvormund bestellt hat und der Vormund daher ohne solchen handelt, Dernburg § 36 S. 95 ff.

[17]) Vgl. mit Bezug auf die Preuß. StädteO. vom 30. Mai 1853 die Entsch. des ROH Ger. XIII. S. 333 ff. (a. A. Meier S. 55 ff.). — Das entgegengesetzte gilt für die Landgemeindeordnung v. 14. Apr. 1856, vgl. Entsch. a. a. O. S. 338. — Nach dem Preuß. Ldr. II. 6. § 120—123 kommt es für Corporationen auf die präsumtive Vollmacht ihrer Vertreter und die dem andern Contrahenten bekannten oder von ihm kulpos nicht gekannten Einschränkungen derselben an.

es der Unterschrift des Vorsitzenden oder seines Stellvertreters und zweier Aeltesten, sowie der Beidrückung des Kirchensiegels. Hierdurch wird Dritten gegenüber die ordnungsmäßige Fassung des Beschlusses festgestellt, so daß es eines Nachweises der einzelnen Erfordernisse desselben, insbesondere der erfolgten Zustimmung der Gemeindevertretung, wo eine solche nothwendig ist, nicht bedarf."

§ 171. Die Verpflichtung aus dem einseitigen Versprechen[1]).

Ueber die Frage, ob die einseitige Erklärung einer Person, bestimmten oder unbestimmten Personen verpflichtet sein zu wollen, eine Verpflichtung erzeuge, sprechen sich unsere ältern Rechtsquellen nicht aus; doch ergiebt sich aus Urkunden, daß man sie in bejahendem Sinne beantwortete[2]).

---

[1]) Nachdem Kuntze in verschiedenen Schriften die Verpflichtung aus Inhaberpapieren und Skripturobligationen auf die einseitige Willenserklärung des Versprechenden gegründet hatte, seine Ansicht aber vielfach bekämpft war (z. B. mit Bezug auf das Wechselrecht von Gareis die Creationstheorie. Eine wechselrechtliche Kritik. Amberg. 1868), hat Siegel dies Thema in weiterem Umfange behandelt in seiner Schrift: das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht. Berlin 1873. Darüber Kritiken von Unger in Grünhut's Ztschr. I. S. 357 ff., Hofmann die Entstehungsgründe der Obligationen 1874, A. Pernice in Goldschm. Ztschr. XX. S. 288—298, Gareis in Behrend's Ztschr. VIII. S. 180 ff., Behrend ebendaselbst S. 187 ff., 306 ff., 532 ff., Bekker in d. Jen. Lit. Zeit. 1874 no. 2, Siebenhaar Arch. f. Wechselr. N. F. VI. S. 216 ff. — Während v. Gerber § 159 N. 2 sich völlig ablehnend gegen Siegels Theorie verhält, ist Windscheid § 304 N. 12 ihr geneigt, stellt aber mit vollem Recht den Satz auf, daß das einseitige Versprechen nur in dem Umfange bindende Kraft hat, als sie ihm durch Gesetz oder Gewohnheit beigelegt ist.

[2]) Urk. v. 1315 (Lüb. Urk. B. II. 1. no. 335): ein Geistlicher verpflichtet sich das von ihm gekaufte Haus binnen 10 Jahren jedem Lübischen Bürger zurückverkaufen und überhaupt an keinen Andern, als einen Lübischen Bürger veräußern zu wollen. — Urk. v. 1443 (Lörsch und Schröder Urkunden no. 295 [268] über eine Auslobung. — Ein englisches Beispiel aus dem J. 1200 liefert die Erklärung des Königs Johann v. England (Brunner in Goldschmidt's Ztschr. XXII. S. 85 f.), daß diejenigen Kaufleute, welche seinen bestimmt benannten beiden Gesandten usque ad D marcas argenti leihen würden, ihn zu seinem Schuldner haben sollten, — ein einseitiges Versprechen an eine incerta persona.

Das Römische Recht erklärt es für möglich, daß Jemand durch einseitige letztwillige Dispositionen eines Andern Rechte erwerbe, hält aber für Dispositionen inter vivos an dem Erforderniß des Vertrages fest und betrachtet nur in sehr beschränktem Umfange einseitige Willenserklärungen als bindend[3]). An das Römische Recht haben sich die neueren Gesetzgebungen angeschlossen. Sie haben die Unverbindlichkeit und Widerruflichkeit des einseitigen Versprechens als Prinzip hingestellt[4]) und nur einzelne Ausnahmen anerkannt.

Was nun das moderne Recht angeht, so läßt sich aus dem Wesen der obligatorischen Verpflichtung nicht das Prinzip begründen, daß dieselbe nur dem Vertrage, nicht aber auch einem einseitigen Versprechen entspringen könne[5]). Zu Gunsten der letzteren Möglichkeit spricht der Umstand in unzweideutiger Weise, daß nach modernem Recht in manchen Fällen von Verträgen zu Gunsten Dritter der Dritte ein Recht erwirbt, ohne dem Vertrage beigetreten zu sein. Für diesen Erwerb des Dritten erscheint es aber als indifferent, ob sich der Verpflichtete einem Contrahenten gegenüber vertragsmäßig oder ob er sich durch einseitige Willenserklärung gebunden hat[6]).

Allein nicht jedes einseitige Versprechen verbindet denjenigen, welcher es leistet. Das einseitige Versprechen ist kein allgemeiner Entstehungsgrund für Obligationen, sondern gilt als solcher nur unter bestimmten Voraussetzungen und nur für gewisse Fälle und es handelt sich darum, den Umkreis dieser Fälle fest zu begrenzen[7]).

---

[3]) Ueber die einzelnen Fälle Windscheid § 304; für die pollicitatio vgl. auch v. Ihering Zweck im Recht I. S. 473 (1. Aufl. S. 465 f.); eine andere Erklärung derselben hat Schloßmann der Vertrag S. 144 ff., 148 ff. versucht: sie sei ein nicht in Stipulationsform abgegebenes Schenkungsversprechen.

[4]) Ganz an die Pandektentheorie über die pollicitatio schließt sich der C. Max. Bav. IV. 1. § 2 an; vgl. ferner Preuß. Lbr. I. 5. § 4, 5, Sächs. GB. § 770.

[5]) Windscheid § 304 N. 12.

[6]) Der Vertrag zu Gunsten eines Dritten und das einseitige Versprechen sind parallele Erscheinungen. Bei dem einseitigen Versprechen interessirt 1. die Unwiderruflichkeit desselben und 2. der Erwerb dessen, der ein Recht aus dem Versprechen gewinnt; bei dem Vertrage zu Gunsten eines Dritten tritt die Frage hervor, wie der Dritte ein Recht aus dem Vertrage anderer Personen herleitet. Bei dem einseitigen Versprechen ist das Problem mehr die passive Seite: warum ist der Versprechende verpflichtet?, beim Vertrage zu Gunsten Dritter die aktive Seite: warum ist der Dritte berechtigt?

[7]) Auch in dieser Beziehung ist das einseitige Versprechen dem Vertrage

I. Die Offerte verbindet den Offerenten eine gesetzlich oder vertragsmäßig bestimmte Zeit hindurch und verpflichtet ihn zur Leistung an den Oblaten, wenn dieser die Offerte in der betreffenden Zeit annimmt und durch sein Accept einen Vertrag schließt. Hier besteht die Verbindlichkeit des Offerenten als Vorstadium für den eventuellen Vertrag. Er ist so lange bedingt verpflichtet, bis es sich entscheidet, ob ein Vertrag zu Stande kommt oder nicht (vgl. oben § 168. IV. und § 169).

II. Davon verschieden sind die Fälle, in welchen es von dem Andern abhängt, ob er auch ohne sein Accept aus dem Versprechen Rechte für sich gewinnen will.

1. Wer öffentlich die Erklärung abgiebt, er wolle demjenigen, welcher eine bestimmte Leistung vornehmen werde, seinerseits zu einer Leistung verpflichtet sein, Auslobung[8]) (Aussetzung eines Preises, einer Belohnung), ist nach Partikularrechten durch diese einseitige Erklärung gebunden und darf sie nicht vor der gleich anfänglich bestimmten oder vor einer angemessenen Zeit zurücknehmen, über welche Angemessenheit nöthigenfalls der Richter entscheidet. Er ist nicht befugt früher zurückzutreten und kann sich nicht dadurch von seiner Verbindlichkeit frei machen, daß er denjenigen Personen, welche Verwendung auf die geforderte Leistung gemacht oder die Leistung selbst bewirkt haben, ihr negatives Vertragsinteresse ersetzt[8a]).

---

zu Gunsten Dritter zu parellisiren. Wie unten auszuführen ist, ist die Behauptung, daß aus Verträgen zu Gunsten Dritter der Dritte Rechte erwerbe, gleichfalls zu beschränken, indem unser Recht diese Wirkung nur unter bestimmten Voraussetzungen und für gewisse Fälle anerkennt.

[8]) v. Ihering in s. Jahrbb. IV. 1861 S. 93 ff., vgl. auch X. 1871 S. 469 f., Schütze in Bekker's und Muther's IB. V. 1862 S. 33—73, Kuntze in Holzschuhers Theorie und Casuistik III. 3. Aufl. 1864 S. 293—302, Regelsberger Erörter. 1868 S. 196—227, Exner in d. krit. Viertelj.-Schrift XI. 1869 S. 337—361, Siegel S. 91—108, Pernice in Goldschm. Ztschr. XX. S. 294—297, Förster I. § 77 gegen den Schluß, Karlowa das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. Berlin 1877 S. 274 f.

[8a]) Bei Annahme der Widerruflichkeit der Offerte würde der Auslobende in manchen Fällen durch seinen Widerruf in eine üblere Lage kommen, wenn er das negative Vertragsinteresse ersetzen soll, als wenn er ohne Widerruf die versprochene Leistung zu thun hat; so z. B. wenn von mehreren Personen Ersatzansprüche erhoben werden, oder wenn der Ersatz, den er dem Andern für Auf-

Freilich ist dies und vieles andere für die Auslobung bestritten. Denn wir befinden uns einem Problem gegenüber, welches von der Gesetzgebung fast ganz vernachlässigt geblieben und auch durch die Praxis nicht fest geregelt ist. Die zahlreichen schwierigen Detailfragen, welche die Auslobung darbietet, werden von den Schriftstellern aus der Absicht des Verkehrs und den modernen Rechtsauffassungen heraus zu lösen versucht; doch ist das Resultat der Doktrin äußerst mangelhaft und unbefriedigend, da der Einzelne die Absichten des Verkehrs je nach seinem subjektiven Standpunkt sehr verschieden ansieht. Nur die Gesetzgebung vermag hier zu helfen. —

Aus der Auslobung kann ein Dritter nur dann Rechte erwerben, wenn sie in ernstlicher Weise[9]) und öffentlich[10]), besonders in den Zeitungen oder durch Anschläge, möglicherweise auch mündlich[11]) (durch einen Ausrufer) von dem Auslobenden bekannt gemacht ist.

Die Auslobung ist keine Offerte zur Vertragsschließung, gerichtet an eine unbestimmte Person, welche den betreffenden Anforderungen entspricht. Der Auslobende will gar nicht mit demjenigen, welcher die geforderte Leistung zu unternehmen beabsichtigt, einen Vertrag schließen, er will ihn sich nicht verpflichten, sondern will seinerseits leisten, wenn ein Anderer dem Verlangen entsprochen hat. Vielmehr ist die Auslobung ein bedingtes einseitiges Versprechen und wer die geforderte Leistung vornimmt, die Bedingung erfüllt, hat nicht mit dem Auslobenden einen stillschweigenden Vertrag geschlossen, sondern nimmt ihn auf Grund seines einseitigen Ver-

---

wendung seiner Thätigkeit zu machen hat, bedeutender ist, als der versprochene Preis. Vgl. über diesen Punkt auch Goldschmidt in s. Ztschr. XIII. S. 339 f.

[9]) Regelsberger S. 205 ff. betrachtet im Widerspruch mit den meisten Schriftstellern solche öffentlichen Zusagen von Belohnungen für unverbindlich, bei welchen der Ankündigende wünscht, daß die Erfüllung, von welcher die Belohnung abhängig ist, nicht gelinge, z. B. Versprechen einer Summe an denjenigen, welcher schlechte Eigenschaften an der Ware des Auslobenden nachweist, oder ihn in einem Ringkampf besiegt u. s. w.; vgl. dagegen Exner S. 338 ff., Kuntze a. a. O. S. 301 f. u. A., auch Goldschmidt in s. Ztschr. XIII. S. 340; auch solche Auslobungen sind rechtsverbindlich, wenn sie als ernstlich gemeinte erscheinen.

[10]) Ein Beispiel aus dem J. 1443 in Lörsch und Schröder's Urk. no. 295 [268].

[11]) Z. B. v. Ihering in s. Jahrbb. IV. S. 101.

sprechens ebenso in Anspruch, als hätte er mit ihm einen Vertrag geschlossen[12]).

2. In ähnlicher Weise kann auch eine Verbindlichkeit durch einseitige Erklärung dadurch entstehen, daß Jemand einem Andern

[12]) Anders die gemeinrechtliche Lehre z. B. Windscheid § 308: „Der Auslobende wird nicht schon durch sein Versprechen verpflichtet, sondern erst durch die Annahme desselben, die Annahme aber kann nach dem Sinn der Auslobung nur erfolgen durch Thätigwerden in der vorgeschriebenen Weise oder durch ausdrückliche Erklärung auf Grund des Thätiggewordenseins. Bis zur Annahme steht dem Versprechenden der Rücktritt frei; hat aber Jemand mit der vorgeschriebenen Thätigkeit bereits begonnen und dabei eine Aufopferung gemacht, so muß ihm der Rücktretende dieselbe ersetzen." — Ein Referat über die verschiedenen Ansichten giebt Windscheid § 308 N. 3, 5, 7, Siegel S. 99—103, 105—108. — Windscheid verkennt übrigens nicht die Zweifelhaftigkeit der Sache, betrachtet es aber als vorsichtiger, bei der Vertragstheorie stehen zu bleiben. — Gegen die Vertragstheorie auch Schloßmann Vertrag S. 64 f.

De lege ferenda schließe ich mich ganz an Siegel S. 91 ff. an, dem auch unbedingt Unger in seiner Kritik S. 369 ff. und Gengler S. 437 zustimmen. Nur nehme ich an seiner Construktion Anstoß, daß auf Grund der Auslobung „ihr Urheber im Worte bleiben muß" (S. 96) und daß das Schuldverhältniß mit der Leistung von Seiten des Andern entstehe (S. 104). Auch hier kommen wir mit der bedingten Verpflichtung aus, wie Siegel selbst gelegentlich S. 105 sagt: „Die Auslobung enthält ein Versprechen unter der Bedingung einer Leistung"; so auch Behrend in s. Ztschr. VIII. S. 191, Karlowa a. a. O.

Gemeinrechtlich läßt sich die Unwiderruflichkeit der Auslobung nicht begründen; aber sie ist in Partikularrechten anerkannt; Preuß. Ldr. I. 11. § 989: „Wer dergleichen Prämien aussetzt, kann sein Versprechen vor dem Ablaufe der bestimmten Zeit nicht zurücknehmen." Dresdener Entw. art. 686: „Die Auslobung erlischt, wenn die für die Leistung festgesetzte Zeit ohne Erfolg abgelaufen ist, oder wenn der Auslobende, ehe die der Auslobung entsprechende Leistung erfolgt ist, in gleicher öffentlicher Weise, in welcher die Auslobung geschehen, diese letztere widerruft. Auslobungen, für deren Erfüllung eine Zeit bestimmt ist, können nicht widerrufen werden." — Nach dem Baier. Entw. II. art. 755 ist der öffentliche Widerruf zulässig: „hat Jemand vor dem Widerrufe der Auslobung in Folge derselben bereits Arbeit oder Kosten aufgewendet, so ist ihm der Auslobende zum Ersatze verpflichtet." — Das Sächs. GB. § 771 enthält nur den Satz: „Ein solches Versprechen kann auf gleiche öffentliche Weise so lange widerrufen werden, als die demselben entsprechende Leistung noch nicht erfolgt ist"; es erkennt auch keinen Anspruch auf das negative Vertragsinteresse an. — Aus der Praxis sind mir nur wenige Entscheidungen bekannt; Seuffert IX. 275 (Lüb.): durch das Auftreten von Preisbewerbern sei das in der Preisbewerbung liegende suspensiv-bedingte Versprechen acceptirt; vgl. auch XI. no. 217.

erklärt, ihm zu einer Leistung verpflichtet sein zu wollen, ohne diese Verpflichtung von einer Annahmeerklärung abhängig zu machen. Dies kann der Fall sein, wenn bei einem Vertrage zu Gunsten Dritter dem Dritten, oder wenn bei einem Uebernahmevertrag einer fremden Schuld dem Gläubiger die betreffende Mittheilung gemacht wird (vgl. unten § 172 N. 33, § 181). Auch wird gelegentlich der Verzicht als bindend angesehen, ohne daß es einer Acceptationserklärung dessen bedürfte, gegenüber welchem auf das Recht verzichtet wird[13]), und es besteht die Neigung ein Schenkungsversprechen ohne Annahme von der andern Seite für gültig zu erklären[14]).

III. In andern Fällen ist derjenige, welcher eine auf Entstehung eines obligatorischen Rechtsverhältnisses gerichtete Willenserklärung an einen Andern richtet, nicht bloß aus derselben verpflichtet, sondern wird auch der Andere verpflichtet, wenn er nicht Widerspruch erhebt: durch sein Schweigen entsteht ein obligatorisches

---

[13]) Während die Praktiker in früheren Jahrhunderten zum Theil diesen Standpunkt vertraten, ist gegenwärtig die herrschende Ansicht dafür, daß der Verzicht der Annahmeerklärung zu seiner Gültigkeit bedürfe, v. Wächter II. S. 645, Unger II. S. 179 ff., besonders S. 183 N. 38, Bacher in v. Ihering's Jahrbb. V. S. 222 ff. — Preuß. Ldr. I. 16. § 388 (dagegen bedürfen nach § 392 gerichtliche Entsagungen keiner Annahme), Sächs. GB. § 998 vgl. mit § 134, Dresd. Entw. art. 382. — Seuffert XXXII. no. 301. — Dagegen Schweizer Entw. v. 1877 art. 56: „Ausnahmsweise bleibt der Antragsteller über den in Art. 55 bestimmten Zeitpunkt hinaus gebunden, wenn sich die Annahme seines Antrages nach der Natur des Geschäftes von selbst versteht (Verzicht, Schenkungsversprechen) oder wenn er voraussetzen muß, daß ihm der Annehmende keine besondere Mittheilung seiner Annahme zukommen lasse"; kürzer das Schweizer Obl. R. art. 5.

Hält man die Acceptation für erforderlich, so könnte nicht auf ein Recht verzichtet werden, welches dem Berechtigten ein Verbietungsrecht gegen Jedermann giebt; es wäre dann z. B. nicht möglich, daß ein Autor durch eine öffentliche Erklärung auf sein ausschließliches Vervielfältigungsrecht verzichtete; vgl. aber oben § 162 N. 8. So wie der Auslobende durch die öffentliche Auslobung dem Dritten verpflichtet ist, welcher die geforderte Leistung erbringt, so ist der öffentliche Verzicht Jedem gegenüber rechtswirksam, welcher aus demselben ein Recht für sich gewinnen will.

[14]) Ueber die Controverse im gemeinen Recht Windscheid § 365 N. 5, vgl. auch Köppen in Ihering's Jahrbb. XI. S. 294 ff. — Für seine Gültigkeit ohne Annahme Siegel S. 14 N. 15 und der in der vorigen Note angeführte Schweizer Entwurf. — Ueber die Bürgschaft vgl. Siegel S. 19.

Verhältniß ganz ebenso, als wenn er durch ausdrückliche Zustimmung zur Offerte einen Vertrag geschlossen hätte. Das Handelsgesetzbuch art. 323 bestimmt:

Wenn zwischen einem Kaufmann, welchem ein Auftrag gegeben wird, und dem Auftraggeber eine Geschäftsverbindung besteht, oder sich derselbe gegen letzteren zur Ausrichtung solcher Aufträge erboten hat, so ist er zu einer Antwort ohne Zögern verpflichtet, widrigenfalls sein Schweigen als Uebernahme des Auftrages gilt.

Ein solcher Rechtssatz fehlt für das bürgerliche Recht. Wer dem Andern einen Auftrag ertheilt, ist nach den Grundsätzen über die Offerte bedingt verpflichtet. Aber er erlangt, gleichviel ob eine Geschäftsverbindung bestand oder nicht, durch das Schweigen des Andern kein Recht auf Ausführung des Auftrages und der Beauftragte ist nicht verpflichtet dem Andern seine Ablehnung zu erklären[15]. Auch läßt sich nicht behaupten, daß in der begonnenen Ausführung eine stillschweigende Annahme des Auftrages liege[16].

Wohl aber läßt sich de lege ferenda der Satz vertheidigen,

---

[15]) v. Wächter II. S. 738 N. 6.

[16]) So sagt v. Wächter II. S. 738: „wenn der Anbietende ausdrücklich oder durch die Art seines Anbietens den Andern zum sofortigen Handeln gemäß seines Anerbietens ermächtigt, so muß der Vertrag als geschlossen gelten, sobald dieser der Proposition gemäß zu handeln beginnt;“ ebenso v. Hahn zu art. 319 § 13 und Sohm in Goldschm. Ztschr. XVII. S. 106. — Schweiz. Entw. v. 1877 art. 438: „Durch die Annahme eines Auftrages wird der Beauftragte verpflichtet, das ihm von dem Auftraggeber aufgetragene Geschäft für diesen zu besorgen. Eine stillschweigende Annahme des Auftrages liegt insbesondere in der begonnenen Ausführung desselben.“ — Danach wäre also der Schneider, welcher den Rock zuzuschneiden beginnt, verpflichtet ihn für den Auftraggeber fertig zu stellen. — In dem Schweiz. Obl. R. art. 392 fehlt der letzte Satz des Entwurfs.

Das ROH.Ger. Entsch. XVIII. S. 246 f. sagt: „Wenn das Anerbieten eine Aufforderung zum sofortigen Handeln enthält, so ist der Vertrag geschlossen, sobald dieser Aufforderung entsprechend gehandelt worden ist“, ohne sich darüber zu erklären, ob der Anfang der Ausführung genügt oder ihre Vollendung erfordert wird. Es beruft sich auf Wächter und Windscheid, welche aber unter einander nicht übereinstimmen. Jenes Ansicht ist eben angeführt; dieser II. § 306 N. 11 nimmt eine stillschweigende Annahmeerklärung an, „sobald die Handlung vollendet ist, durch welche er seinen Annahmewillen an den Tag legt.“

daß wer einem Andern einen Auftrag ertheilt, einem Handwerker eine Bestellung macht und keine Rückantwort gefordert hat, dann, wenn eine solche auch nach der Natur der Verhältnisse nicht erwartet werden darf, durch seinen einseitigen Auftrag so lange Zeit gebunden ist, als nach dem regelmäßigen Lauf der Dinge die Ausführung des Auftrages in Anspruch nehmen würde. Führt der Beauftragte in der angemessenen Zeit den Auftrag aus, so muß der Auftraggeber auch ohne Vertrag die Ausführung als für seine Rechnung geschehen gelten lassen[17]). Er hat kein Recht auf Ausführung des Auftrags, wird aber verpflichtet, wenn der Andere den Auftrag ausführt.

Für derartige Fälle erscheint die analoge Anwendung der Sätze von der Auslobung als angemessen: bei der Auslobung ist die Willenserklärung dem ganzen Publikum gegenüber, beim Auftrag der einzelnen Person gegenüber abgegeben.

IV. Wer ein Inhaberpapier[18]) ausfertigt und emittirt, leistet das Versprechen dem Inhaber des Papiers die in demselben benannte Leistung zu thun. Seine Verbindlichkeit beruht nicht auf einem Vertrage, entsteht nicht dadurch, daß der erste Erwerber den im Papier ausgesprochenen Willen des Ausstellers durch Annahme des Papiers acceptirt, sondern dadurch, daß der Aussteller die Urkunde, welche seinen Schuldnerwillen verkörpert, aus der Hand giebt, daß er diesen Willen in unwiderruflicher Weise in die Außenwelt setzt und sich der Möglichkeit begiebt, ihn zurückzunehmen. Gleichgültig ist es, ob die Emission durch Tradition, also durch einen zweiseitigen Akt, oder durch eine einseitige Handlung erfolgt ist.

Wenngleich in den überwiegend meisten Fällen der Schuldner

---

[17]) Daher halte ich die Bestimmung des Baierischen Entwurfs für angemessener als die des Schweizer (N. 16); II. 1. art. 12: „Enthält der Antrag die Aufforderung zur sofortigen Bewirkung einer Leistung, so steht die gehörige rechtzeitige Bewirkung dieser Leistung der bindenden Erklärung der Annahme des Antrags gleich, ohne Unterschied, ob der Antragende von der Vollziehung Kenntniß erhalten hat oder nicht.“

[18]) Indem wir für die Inhaberpapiere, insbesondere auch wegen der Literatur auf die spätere Darstellung (§ 180) verweisen, handeln wir hier nur von der Entstehung der passiven Seite.

das Papier einem Vertrage gemäß dem ersten Gläubiger ausliefert, so ist er doch auch dann verpflichtet, wenn er es derelinquirt und dadurch seinen Willen erklärt, dem ersten Nehmer desselben und allen folgenden Besitzern verpflichtet zu sein[19]). Ueberdies aber haftet der Schuldner auch in dem regelmäßigen Falle der vertragsmäßigen Begebung des Papiers den spätern Besitzern desselben nicht als Rechtsnachfolgern des ersten Gläubigers, sondern ohne Rücksicht auf die Art ihres Erwerbs lediglich in Folge seines im Papier erklärten Willens. Es ist daher für den regelmäßigen Fall der Begebung des Papiers anzunehmen, daß die Obligation durch das Fortgeben des Papiers entstanden ist, nicht erst dadurch daß der andere Contrahent es mit dem Willen zu erwerben in die Hand genommen hat. Während beim Vertrage das Geben und Nehmen als die zwei Seiten desselben Rechtsgeschäfts erscheinen, ist dasselbe in diese beiden Seiten aufzulösen, in ein Fortgeben und eine Aneignung und treten die Wirkungen der obligatorischen Verpflichtung bereits nach dem ersten Akt ein. Durch Fortgabe des Papiers, durch einseitiges Versprechen hat sich der Aussteller verpflichtet. So lange Niemand das Papier inne hat, fehlt es an der Möglichkeit seinen Schuldnerwillen gegen ihn geltend zu machen[20]); aber nachdem der Aussteller einmal das Papier aus der Hand gegeben hat kann er seinen Schuldnerwillen nicht zurückziehen, es sei denn daß er wieder in den Besitz des Papiers gelangte[21]).

---

[19]) Bei Inhaberpapieren auf eine Geldleistung wird dies thatsächlich kaum vorkommen; eher schon bei Theater- oder Concertbillets, welche bei Festen durch Dereliktion unter das Publikum gebracht werden können.

[20]) Kuntze Inh. Papiere S. 307 ff. nimmt an, daß für den Verlierer eines Inhaberpapiers der Besitz so lange fortdauere, bis ihn ein Anderer erworben habe. Aber wie steht es, wenn er selbst das Papier derelinquirt hat? Kuntze S. 314 entscheidet sich nicht darüber. Wir antworten: die Dereliktion zerstört nicht das Versprechen und hebt nicht die Möglichkeit auf, künftig aus dem Papier eine Forderung geltend zu machen; vgl. auch v. Jhering in s. Jahrbb. X. S. 446 f.

[21]) Auf die verschiedenen Ansichten einzugehen, welche den Vertrag zur Entstehung der Obligation aus dem Inhaberpapier festhalten, würde zu weit führen; wir verweisen deswegen kurz auf Siegel S. 116 ff. — Für das ältere Recht führt Brunner in Goldschmidt's Ztschr. XXII. S. 510, 514 ff. aus, daß Inhaberverpflichtungen durch Vertrag, aber auch durch einseitiges Rechts-

Im wesentlichen gilt die gleiche Construktion auch für die

---

geschäft entstanden und sagt: „die Creationstheorie in das ältere Inhaberpapier hineinzutragen, ist durchaus unzulässig." Ich glaube, daß man ohne dieselbe da nicht auskommt, wo Jemand urkundlich verspricht nicht bloß dem eigentlichen Gläubiger und dessen Stellvertreter, sondern ohne Prüfung der Legitimation auch dem dritten Inhaber der Urkunde zu leisten. Wer vertragsmäßig verspricht seinem Contrahenten oder auch einem Dritten zu leisten, der sich nicht als Rechtsnachfolger des Contrahenten auszuweisen nöthig hat, der hat mit Bezug auf den Dritten ein einseitiges Versprechen geleistet.

Der oben im Text gegebenen Darstellung steht sehr nahe Kuntze Inhaberpapiere S. 332 ff. (vgl. auch in Goldschmidt's Ztschr. VI. S. 16 f.): die Entstehung der Obligation sei nicht auf einen Vertrag zurückzuführen; es liege nicht ein Vertrag mit einer incerta persona, sondern ein einseitiger Creationsakt vor; S. 362: die Ausfertigung des Papiers ist Begründungsakt, der Besitzerwerb durch den Nehmer des Papiers macht erst das Rechtsgeschäft perfekt. Zwei Willen sind erforderlich, aber sie sind nicht paritätisch gestellt. Vgl. auch noch Kuntze in Goldschmidt's Ztschr. VI. S. 16 f., im Arch. f. dtsches Wechselr. und Hand. R. VIII. 1859 S. 345—411 (über Verkehr mit nogociablen Kreditpapieren, insbesondere über den Charakter der Creation, des Acceptes und des Indossamentes als einseitiger Literalacte), ebendas. XIV. 1865 S. 3—12 (gegen Ladenburg), in Schletters Jahrbb. XIII. 1870 S. 17—20 (gegen Gareis). — Auch v. Gerber § 161 N. 3 findet in dem Ausstellen solcher Papiere „die Creation selbständiger Vermögensstücke", Beseler § 87 N. 13: einseitige Willensakte. — Ferner Siegel S. 110 f., 127 f. und Unger in s. Kritik S. 371 (während er in seiner Schrift: Natur der Inhaberpapiere S. 106 f. noch mit Entschiedenheit gegen das einseitige Versprechen auftrat).

Ueber einen Punkt besteht aber eine wesentliche Differenz unter den Gegnern der Vertragstheorie, nämlich darüber, ob die Ausfertigung genügt oder ob auch die Ausgabe erforderlich ist. Mehrere Schriftsteller behaupten, daß die Verpflichtung durch Ausfertigung des Papiers entstehe und daß der Aussteller auch verhaftet sei, wenn das Papier ihm gegen seinen Willen, durch Verlieren, Diebstahl u. s. w. fortkommt und so gegen seinen Willen in Cirkulation gelangt: Kuntze Inh. Papiere S. 373 ff., in Goldschm. Ztschr. VI. S. 20, Bekker in s. Jahrb. I. S. 291, Ihering in s. Jahrbb. X. S. 455, Endemann § 83, 86 (3. Aufl. S. 395, 407), Siegel S. 114, Thöl § 224. 4 (der jetzt ausdrücklich nicht die Begebung fordert, — leider ohne jede Begründung und nur mit Polemik gegen die Gründe des ROH.Gerichts), Dernburg II. § 12 N. 9 (man dürfe nicht sagen, daß ohne Ausgabe des Papiers es an dem Schuldnerwillen fehle; nach der Natur der Skripturobligationen gelte die formgerechte Erklärung im Papier als Wille des Schuldners) und das ROH.Gericht in s. Entsch. XVII. S. 150 ff. (nicht weil der Aussteller es verschuldet habe,

Ordrepapiere[22]), durch welche sich der Aussteller verpflichtet an eine bestimmte Person oder deren Ordre zu leisten; denn wenngleich eine solche Obligation mit dem ersten Nehmer der Urkunde vertragsmäßig begründet sein mag, so haben die folgenden Gläubiger, die Indossatare, die Forderung nicht als Rechtsnachfolger, als Cessionare des ersten Gläubigers, und ebenso wenig auf Grund eines Vertrages, den sie mit dem Aussteller geschlossen hätten, sondern auf Grund des in dem Papier ausgesprochenen Schuldnerwillens, welcher mit Bezug auf sie als einseitiges Versprechen erscheint.

Was für die Ausstellung des Ordrepapieres gilt, trifft auch für die Begründung der Obligation durch Indossament und durch Aval[23]) und für das Accept eines Wechsels oder einer Anweisung zu[24]).

---

daß das Papier in den Verkehr kam, sondern weil ihn der Natur der Sache nach die Gefahr treffe, daß er auch ohne Emission verhaftet sei).

Wenngleich ein solcher Satz für den Verkehr wünschenswerth sein mag, so kann ich ihn doch ohne positives Gesetz nicht billigen (das ROH.Gericht behauptet ihn als gesetzlich für das Sächs. GB. § 1039, 1041, 1045, 1046 und für den in blanco indossirten Wechsel nach Wechs.O. art. 10, 12, 36, 74, 82). Eine Verpflichtung entsteht erst mit der Emission, mit dem absichtlichen Aufgeben der Detention. Wer das Papier bloß anfertigt, hat nur eine für seine Verbindlichkeit vorbereitende Handlung unternommen; wer noch widerrufen, das Papier vernichten kann, hat noch nicht in rechtsverbindlicher Weise gewollt. Er steht demjenigen gleich, welcher die Absicht hat eine Verbindlichkeit einzugehen, aber das entscheidende Wort noch nicht gesprochen hat. Für die hier vertheidigte Ansicht erklären sich auch Regelsberger S. 6, Jolly in d. krit. Viertelj. Schr. II. S. 552 ff., Goldschmidt in s. Ztschr. III. S. 275, VI. S. 341 f., IX. S. 63, XXIII. S. 306, v. Gerber § 161 N. 2, Pernice in Goldschm. Ztschr. XX. S. 298, Unger Kritik S. 372, wohl auch Brunner in Goldschmidt's Ztschr. XXII. S. 89. Vgl. auch Windscheid Wille und Willenserklärung. Leipz. 1878. S. 11.

[22]) Kuntze Inh. P. S. 357, 442, Jolly in d. krit. Viertelj. Schr. II. S. 547 ff., Siegel S. 108 ff., Unger S. 372, Windscheid § 304. 4. — Nur für die Rektapapiere, für welche Unger das gleiche behauptet, ist es nicht zuzugeben. — Auf die verschiedenen Theorien, welche zur Erklärung des Wesens der Ordrepapiere aufgestellt sind, einzugehen, würde hier zu weit führen. Vgl. noch unten § 178.

[23]) Wer unter dem Accept, Indossament u. s. w. eines Wechsels seinen Namen schreibt, wird in Folge seiner einseitigen Erklärung wechselmäßig verpflichtet, Wechs. Ordn. art. 81. — Diesen Fall hat Siegel übersehen.

[24]) Regelmäßig wird das Accept auf einem Vertrage beruhen; der Accep-

Nach partikulärer Praxis kann eine Bürgschaft nicht bloß durch Vertrag mit dem Gläubiger, sondern auch dadurch begründet werden, daß der künftige Bürge einer Person eine Urkunde dahin ausstellt, er wolle falls sie bei einem Gläubiger eine Schuld bis zu gewisser Höhe begründe und demselben diese Urkunde übergebe, für diese Schuld als Bürge haften[25]).

§ 172. Verträge zu Gunsten Dritter[1]).

I. So wie in einzelnen positiv anerkannten Fällen Jemand ein Recht aus dem einseitigen Versprechen einer Person erwerben kann, so ist es auch möglich, daß er ein Recht aus einem Vertrage anderer Personen erwirbt, welche eine Leistung an ihn (an den Dritten) zum Gegenstande ihrer Verabredung gemacht haben. Während solche Fälle, in denen nur die Contrahenten unter einander

---

tant, welcher dem Präsentanten des Wechsels das Accept leistet, nimmt den Auftrag des Trassanten an und verspricht demselben an denjenigen zahlen zu wollen, welcher, als Gläubiger wechselmäßig legitimirt, ihm gegenüber treten wird (Vertrag zu Gunsten eines Dritten). Aber diese Construktion paßt nicht für alle Fälle, insbesondere nicht für den Fall, wenn der Trassat nicht dem Auftrage gemäß, sondern unter Einschränkungen acceptirt. Hier kommt gar kein Vertrag zu Stande, aber der Trassat ist doch aus seiner Niederschrift verhaftet. Das Accept ist also ein einseitiges Versprechen, allen denjenigen Personen geleistet, welche aus dem Wechsel Gläubiger sein werden, vgl. Jolly a. a. O. S. 551, Siegel S. 136 f., Grawein die Perfektion des Acceptes. Graz. 1876 S. 118—124.

Versucht man das Accept lediglich auf den Vertrag zurückzuführen, so geräth man auch in die größten Schwierigkeiten mit Bezug auf die Verpflichtung des Acceptanten gegenüber den Indossataren; vgl. z. B. die künstliche Construktion bei Thöl Handelsrecht I. 2. § 221 S. 69.

[25]) Seuffert XXI. no. 115 (Berlin). — Als ungültig betrachtet ein solches Versprechen ein Kieler Erkenntniß (Seuffert XI. no. 218), gegen welches Siegel S. 156 N. 26 polemisirt. Vgl. übrigens auch unten § 192 N. 3.

[1]) Beseler Erbverträge II. 1. S. 71—83, Privatr. § 102 III. — Buchka die Lehre von der Stellvertretung 1852 S. 121 ff. — Renaud im Magazin f. Badische Rechtspflege und Verwaltung II. S. 1—27 (mit Bezug auf das franz. R.). — Busch Doktrin und Praxis über die Gültigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter 1860. — Bähr in v. Ihering's Jahrbb. VI. S. 131—186 (vgl. auch I. S. 393 N. 43) und XI. S. 394—397. — Platner im Arch. f. civ. Praxis L. S. 220 ff. — Unger in v. Ihering's Jahrbb. X. S. 1 —

gebunden sind, kein besonderes Interesse haben, nehmen in höherem Maß solche Fälle die Aufmerksamkeit in Anspruch, in denen die Absicht der Contrahenten dahin geht, daß der Dritte ein selbständiges Recht auf die Leistung des Versprochenen gewinnen soll, ohne daß der Contrahent, welcher sich die Leistung versprechen ließ, als Stellvertreter des Dritten erscheint[2]) und ohne daß der Dritte als Mitcontrahent hinzutritt.

Das Römische Recht hat im allgemeinen das Prinzip, daß ein Vertrag, in welchem ein Vermögenserwerb für einen Dritten verabredet wird, wirkungslos ist: weder der Contrahent (der Versprechensempfänger) noch der Dritte kann den Promittenten auf Erfüllung belangen. Nur sporadisch wurden Ausnahmen davon zugelassen[3]).

Nach Deutschem Recht war auch schon während des Mittelalters die Gültigkeit der Verträge zu Gunsten Dritter keinem Zweifel unterworfen[4]). Wenn auch das Prinzip nirgends allgemein ausgesprochen wird, so war es doch in verschiedenen Anwendungsfällen anerkannt: der Eigenthümer, welcher ein Gut einem Andern zuwenden will, überträgt es einem Salmann, welcher sich verpflichtet,

---

109. — Regelsberger in d. krit. Viertelj. Schr. XI. S. 559—569. — Gareis die Verträge zu Gunsten Dritter 1873 (und dazu Stobbe in Goldschm. Ztschr. XIX. S. 300—305). — Siegel Versprechen S. 142—159 (und dazu Unger in Grünhut's Ztschr. I. S. 373 f.). — Pfizer im Württ. Arch. XVI. 1874 S. 18—42. — Behrend in s. Ztschr. VIII. 1875 S. 310—318, 532—540. — E. Zimmermann die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio. Straßb. 1876 S. 50—86. — A. Panofsky die Verträge zu Gunsten Dritter (Inaug. Dissert.) Berlin 1877. — Karlowa das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. Berl. 1877 S. 69 ff. — Windscheid II. § 316, 316a. — Förster I. § 75. — Dernburg II. § 18 f. — Dogmengeschichte bei Buchka a. a. O. — Referate über die neueste Literatur bei Unger in Iher. Jahrbb. X. S. 68 ff. und Gareis S. 84 ff.

[2]) Ueber die Abgrenzung des Contrahirens zu Gunsten eines Dritten und als Stellvertreter des Dritten vgl. N. 14.

[3]) Vgl. Windscheid § 316, Unger Jahrbb. X. S. 16 ff.

[4]) In der Verabredung eines Witthums zwischen dem verlobenden Vormund und dem Bräutigam vermag ich nicht mit Sohm (Eheschließung S. 33 f.) und Panofsky S. 33 f. den ältesten Fall eines Vertrags zu Gunsten eines Dritten zu finden. Vielmehr erscheint der Vormund als gesetzlicher Vertreter seines Mündels.

dasselbe zu einem vom Eigenthümer anzugebenden Zeitpunkt oder nach dessen Tode dem Bedachten zu übertragen[5]); der Vasall läßt das Lehn dem Lehnsherrn auf, welcher sich verpflichtet, dasselbe einer andern Person zu verleihen[6]); es zahlt Jemand einem Andern ein Kapital, welcher sich dafür verpflichtet, einem Dritten lebenslänglich eine Rente zu leisten[7]). Aber durch diese Rechtsgeschäfte erlangte der Dritte nicht sofort ein Recht. Der Eigenthümer kann die salmannische Vergebung widerrufen und der Bedachte erwirbt erst mit dessen Tode das Recht, von dem Salmann die Uebertragung des Guts zu fordern[8]). Ebensowenig erlangt der Dritte aus dem angeführten lehnrechtlichen Geschäft ein unmittelbares Recht; vielmehr kann nur der auflassende Vasall das Gut vom Herrn zurückverlangen, wenn er es dem Dritten nicht leiht[9]). Für Renten zu Gunsten eines Dritten fehlt es an direkten Nachrichten; aber die Vermuthung ist wohl nicht gewagt, daß er sein Recht auf die Rente erst zu der Zeit geltend machen durfte, zu welcher sie dem Vertrage gemäß zu zahlen war, und daß bis dahin der Promissar den Promittenten seiner Verbindlichkeit entlassen konnte.

Zur Zeit der Reception stand nur der Satz ziemlich fest, daß Verträge zu Gunsten Dritter für die Contrahenten bindend seien; aber in Bezug auf den Rechtserwerb des Dritten schwankten die Ansichten in Literatur und Praxis in hohem Maße[10]). Als überwiegend darf man die Auffassung bezeichnen, daß der Dritte das Recht durch Acceptation, durch Zutritt zu dem Vertrage erwerbe und daß bis zu diesem Zutritt der Promissar den Promittenten ent-

---

[5]) Vgl. Stobbe in d. Ztschr. f. RG. VII. S. 504 ff.

[6]) Homeyer Sachsensp. II. 2. S. 427 f.

[7]) Vgl. unten § 196 in der Lehre von dem Leibrentenvertrage.

[8]) Stobbe a. a. O. S. 423 ff., 426. — Irrthümlich ist die Auffassung von Gareis S. 229 ff.: „die Annahme des Salmanns bindet den Willen des Zuwendenden sofort"; vgl. dagegen Stobbe in Goldschm. Zeitschr. XIX. S. 304 f.

[9]) Sächs. Lehnr. 26 § 10, 36, Schwäb. Lehnr. 65, Gareis S. 68 N. 3.

[10]) Vgl. zur Dogmengeschichte Pufendorf observ. II. 38, Bähr S. 148 ff., Gareis S. 54 ff. — Vgl. auch die von Brunner in Goldschm. Ztschr. XXII. S. 97 N. 2 citirte Stelle aus den Statuten von Pisa.

binden oder die Contrahenten den Vertrag durch mutuus dissensus aufheben dürften.

Unter dem Einfluß dieser Auffassung sind auch die neueren Gesetzbücher abgefaßt worden[11]); nirgends wird dem Dritten allgemein aus dem Vertrage der Contrahenten ohne weiteres ein Recht zugesprochen. Während das Oestr. Gesetzbuch eigentlich keinen Vertrag zu Gunsten Dritter anerkennen will[12]) und das Züricher Gesetzbuch § 950 nur im Fall einer negotiorum gestio den Dritten durch Ratihabition oder durch Cession von Seiten des Promissars ein Recht erwerben läßt, bestimmt der Codex Maximilianus Bavar. IV. 1. § 13, daß der Dritte ein Recht erwirbt, wenn er „ratificirt oder angenommen" hat, also wenn er auf die Offerte der Contrahenten durch sein Accept Mitkontrahent geworden ist. Nach dem Preuß. Landrecht (I. 5. § 74—77) erlangt der Dritte das Recht, wenn er unter Bewilligung der Contrahenten dem Vertrage beigetreten ist; so lange ihm noch nicht der Antrag zum Beitritt gemacht ist, können die Contrahenten selbst den Vertrag abändern oder aufheben (vgl. auch noch I. 5. § 308, 309). Aehnlich darf nach dem Code civ. art. 1121 der Promissar nicht widerrufen, sobald der Dritte erklärt hat, den Vortheil annehmen zu wollen. Nach dem Sächs. Gesetzbuch § 853—856 erwirbt der Dritte das Recht von der Zeit an, daß er dem Vertrage beitritt oder die zu seinen Gunsten gereichende Leistung annimmt, und kann bis zu diesem Augenblick der Promissar den Promittenten seiner Verbindlichkeit entlassen. Aehnlich nach dem Baierischen Entwurf art. 33. Der Dresdener Entwurf art. 203 geht etwas weiter: der Dritte kann an Stelle des Promissars verlangen, „daß die Leistung an ihn erfolge, wenn nicht aus dem Vertrage oder aus den Umständen erhellt, daß er nicht befugt sein solle das Recht aus dem Vertrage für sich geltend zu machen"; und art. 204: „der Vertragschließende, welchem die Leistung an den Dritten versprochen worden ist, kann den Schuldner von der Verbindlichkeit zu dieser Leistung befreien, so lange nicht der Dritte dem Schuldner gegenüber erklärt hat, daß er die von diesem versprochene Leistung für sich in Anspruch nehme oder so

---

[11]) Unger S. 92 ff., Gareis S. 150 ff.

[12]) Gareis S. 179.

lange nicht der Vertrag durch Leistung an den Dritten erfüllt, oder die Verbindlichkeit durch Handlungen, welche der Zahlung gleichstehen, erloschen ist."

Nirgends erwirbt der Dritte durch den Vertrag sofort das Recht; abgesehen von dem Dresdener Entwurf hängt sein Erwerb davon ab, daß ihm Anzeige von dem ihm zugedachten Vortheil gemacht ist und daß er entweder einen ausdrücklichen Vertrag schließt oder das ihm gemachte Anerbieten annimmt oder sonst erklärt die Leistung haben zu wollen.

Die Praxis hat sich in buntester Weise gestaltet und gelegentlich die Grenzen, welche das Partikularrecht steckt, zu überschreiten versucht[13]); bei einzelnen Arten von Verträgen hat sie den Dritten auch dann für berechtigt erklärt, wenn er kein Vertragsverhältniß eingegangen ist und auch keine ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung abgegeben hat. Auch die Spezialgesetzgebung nimmt für einzelne Arten von Verträgen einen unmittelbaren Erwerb für den Dritten an.

Aber die neuere Theorie will sich mit derartigen einzelnen Ausnahmen nicht begnügen; sie spricht mit Geringschätzung von der Legislation, findet in ihr nicht den Ausdruck des modernen Rechtsbewußtseins und glaubt selbstschöpferisch andere Sätze aufstellen zu dürfen. Sie unterscheidet zwischen echten und unechten Fällen der Verträge zu Gunsten Dritter: in jenen erwerbe der Dritte das Recht in Folge des Vertrages zwischen Promittent und Promissar, in diesen durch einen irgendwie qualificirten Beitritt. Aber über die Fälle, welche unter die eine oder die andere Kategorie gehören, herrscht unentschiedener Streit.

In der That läßt sich meiner Meinung nach keine allgemeine Theorie aufstellen, weil die Fälle, in denen die Verkehrsbedürfnisse einen Vertrag zu Gunsten Dritter kennen und fordern, durchaus heterogener Art sind.

II. 1. Von den Verträgen zu Gunsten Dritter sind die Ver-

---

[13]) Ueber die Preußische Praxis z. B. Gareis S. 168 f.; über die neuere Oesterreichische Praxis Pfaff in Grünhut's Ztschr. I. S. 219 f. — Eine summarische Uebersicht über die Stellung, welche die verschiedenen Gerichtshöfe einnehmen bei Windscheid § 316 N. 13; eine ausführlichere Zusammenstellung bei Gareis S. 184—203.

träge zu sondern, in welchen derjenige, welcher faktisch den Vertrag abschließt, als Stellvertreter des Dritten auftritt. Hier gilt der Dritte als Vertragsschließender, welcher durch den Stellvertreter vertreten wird, wogegen beim Vertrage zu Gunsten Dritter der Promissar selbst Contrahent sein will[14]). Ebenso gehören nicht hieher diejenigen Fälle, in denen die Contrahenten nicht beabsichtigen, dem Dritten weder im Moment des Vertragsabschlusses noch überhaupt später ein selbständiges Recht zu geben, wo aber möglicherweise der Dritte als wirklicher oder fingirter Cessionar die Rechte des Contrahenten geltend machen kann; wie z. B. wenn die Postanstalt sich zur Besorgung eines Briefes oder eines Packets[15]), ein Frachtführer zum Transport eines Guts an den Adressaten verpflichtet hat[16]).

2. Der Vertrag zwischen dem Promittenten und Promissar ist gültig, da nach unserm Recht alle Verträge gültig sind, welche nicht reprobirt sind. Diese Gültigkeit ist nach heutigem Recht unabhängig von einem eigennützigen Interesse des Promissars; es kommt lediglich darauf an, daß der Promittent sich dem Promissar gegenüber zu einer Leistung an den Dritten verbindlich machen wollte[17]); gleichgültig ist es, ob die Leistung an eine bestimmte oder an diejenige Person versprochen wird, welche noch durch einen besondern Umstand individualisirt werden soll (persona incerta)[18]).

---

[14]) Laband Ztschr. f. Handelsrecht X. S. 194 f., Unger S. 61 f., Gareis S. 34 ff., Zimmermann S. 61 ff., 65 ff. — Windscheid § 316[a] N. 1. — Entsch. des ROH.Ger. X. S. 268 f.

[15]) Der Adressat hat kein selbständiges Recht auf Auslieferung, Reichspostgesetz v. 28. Oktob. 1871 § 6 ff., Holzschuher Theorie und Casuistik II. 3. Aufl. 1864 S. 200 N. **), Goldschmidt Handb. I. S. 751 N., Gareis S. 121 f. — Anders entschied Seuffert VI. no. 59 (Dresden).

[16]) Der Destinatär der Ladung hat gegen den Frachtführer ein Recht auf Lieferung des Guts und auf Aushändigung des Frachtbriefs erst nachdem letzterer am Ablieferungsort eingetroffen ist; aber er macht kein eignes Recht, sondern kraft einer cessio ficta die Rechte des Absenders geltend, HGB. art. 405, Goldschmidt Handb. (1. Aufl.) I. S. 743 ff., 749 ff. N. 41, Gareis S. 131, Laband Staatsrecht des deutschen Reiches II. S. 333. — Anderer Ansicht Dernburg II. § 20 N. 6 unter Berufung auf Entsch. des ROH.Ger. IV. S. 359 ff.

[17]) Windscheid § 316 N. 2, 3. Endemann 3. Aufl. § 91 N. 4. Eine andere Construktion versucht Bähr S. 136 ff., 139 ff.

[18]) Z. B. Lebensversicherung zu Gunsten einer erst später zu bestimmenden Person, Unger S. 85.

3. Der Promissar hat dem Promittenten gegenüber ein Recht auf Leistung an den Dritten und kann ihn mittelst Klage dazu anhalten[19]; in wie weit dann, wenn der Dritte den Rechtserwerb ausschlägt, der Promissar vom Promittenten dieselbe oder eine andere Leistung an sich fordern darf, hängt von der Natur des zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses ab[20]).

So weit es sich lediglich um das Rechtsverhältniß der Contrahenten handelt, kann dasselbe durch ihren übereinstimmenden Willen aufgehoben oder verändert werden; falls lediglich der Promittent verpflichtet ist, kann der Promissar auch einseitig die Zuwendung an den Dritten dadurch vereiteln, daß er den Promittenten seiner Verbindlichkeit entläßt[21]); in wie weit er den Promittenten anweisen kann an eine andere Person, als den zuerst bestimmten Dritten zu leisten, läßt sich nicht allgemein bestimmen[22]).

Im allgemeinen steht dies Rücktrittsrecht, resp. das Recht dem andern Contrahenten die Verbindlichkeit zu erlassen, nicht bloß den

---

[19]) Sächs. GB. § 853: „Aus einem Vertrage, durch welchen Jemand dem Andern eine Leistung an einen Dritten verspricht, in der Absicht dem Andern und dem Dritten verpflichtet zu sein, erwirbt . . derjenige, welchem das Versprechen gegeben wurde, . . . ein Recht auf die Erfüllung gegen den Versprechenden". — Baier. Entw. art. 34 (wenn er „an der zu Gunsten eines Dritten versprochenen Leistung . . . ein Interesse" hat). — Dresden. Entw. art. 203 Abs. 1. — Schweizer Obl. R. art. 128. — Gareis S. 164. — Nur Unger S. 62 f., 76 f. behauptet, daß der Promissar kein Recht auf Vornahme der Leistung an den Dritten erwerbe; vgl. dagegen Regelsberger S. 566 f.

[20]) Sächs. GB. § 856: „Einen Verzicht des Dritten . . auf die versprochene Leistung muß derjenige, welchem zu Gunsten des Dritten Etwas versprochen ist, gegen sich gelten lassen". — Unrichtig wäre es allgemein anzunehmen, daß der Vertragschließende dann die Leistung an sich verlangen dürfte; das Recht des Promissars ist ein anderes, als welches der Dritte erwerben soll; er hat ein Recht darauf, daß die Leistung an den Andern geschieht, aber nicht ein Recht auf die Leistung; Gareis S. 38 ff., 181, 251.

[21]) Sächs. GB. § 855: „Bis zu der Zeit, wo der Dritte . . . ein selbstständiges Recht aus dem Vertrage erlangt hat, kann derjenige, welchem die Leistung an den Dritten versprochen wurde, den Anderen von der übernommenen Verbindlichkeit befreien." — Dresd. Entw. art. 204. — Preuß. Praxis bei Gareis S. 170 f. — Seuffert VIII. 64, XI. no. 133 S. 199, XVI. no. 38. — Zu unbedingt sagt Seuffert XII. no. 142, daß einseitiger Rücktritt des Einen ohne Zustimmung des andern Contrahenten nicht Statt habe.

[22]) Bähr S. 157 ff.

Contrahenten selbst, sondern auch ihren Erben zu[23]); z. B. der Erbe des Verkäufers kann dem Käufer die von diesem übernommene Verpflichtung erlassen, ein Trinkgeld an den Diener (beim Pferdekauf das Strick- oder Halftergeld) oder eine Summe an die Frau des Verkäufers (Schlüssel- oder Heerdgeld) zu zahlen. Dagegen geht, wie sich unten ergeben wird, bei manchen Verträgen zu Gunsten Dritter das Recht des Widerrufs nicht auf die Erben des Promissars über[24]).

4. Die Wiederaufhebung des Vertrags ist nur so lange möglich, als der Dritte kein Recht auf die Leistung erworben hat. Wann hat nun der Dritte dies Recht erworben?

Gegenüber der neuerdings vertretenen Ansicht[25]), daß der Dritte unmittelbar aus dem Vertrage der beiden Contrahenten sofort ein Recht erwerbe, ist zunächst daran zu erinnern, daß keines der neueren Gesetzbücher allgemein dies Prinzip enthält. Es läßt sich daher

---

[23]) Siegel S. 155; anderer Ansicht, wie es scheint, Gareis S. 245.

[24]) Mit Unrecht wird diese Bestimmung oft generalisirt.

[25]) Dies ist besonders die Ansicht von Unger S. 64 ff.: „Der Dritte erwirbt den ihm zugedachten Vortheil sofort und von selbst.“ Daß dies auch bei der Wittwenversorgung, der Lebensversicherung oder dann rechtens sei, wenn der Käufer einem Dritten ein Geschenk machen soll (über diesen Fall vgl. Wächter II. S. 684 N. 23) — alles echte Fälle von Verträgen zu Gunsten Dritter im Sinne Unger's (S. 81 ff.), — ist von ihm nicht erwiesen. Auch würde sich diese Consequenz nicht aus der Definition ergeben, welche Unger S. 60 f. aufstellt: „V. z. G. D. sind Verträge, durch welche nach der Absicht des Paciscenten einem Dritten in seinem Interesse unmittelbar ein Forderungsrecht bestellt oder eine Schuldbefreiung erwirkt wird.“ Denn ein „unmittelbarer“ Erwerb braucht doch nicht „sofort“ mit dem Vertragsabschluß einzutreten. Mit jenem Satz lehnt sich Unger gegen unsere ganze bisherige Rechtsentwicklung auf.

Gareis ist sich in diesem Punkt nicht konsequent: „Der Rücktritt . . . vom einmal perfekt gewordenen Vertrage ist ausgeschlossen“ (S. 36 N. 1); „möglicherweise unwiderruflich“ (S. 141); „zu präsumiren ist die Widerruflichkeit dieses Rechts nicht; spätestens mit dem Tode eines der beiden Contrahenten fällt die Widerruflichkeit des Rechts des Dritten weg und wird dasselbe unentziehbar, wenn es dies nicht schon früher ist“ (S. 245); das Recht des Dritten entsteht „in demselben Augenblick, in welchem ein Recht aus dem Vertrage überhaupt entsteht“ (S. 246); „mit der Perfektion des Vertrags“, (S. 247). Vgl. dagegen Stobbe in Goldschmidt's Ztschr. XIX. S. 301 f., 303.

Eine Widerruflichkeit scheint auch nicht anzunehmen Seuffert XVI. no. 38 (Dresden).

vermuthen, daß für ein solches Prinzip kein dringendes praktisches Bedürfniß besteht. Und wie soll man sich diesen sofortigen unmittelbaren Erwerb denken, wo die Contrahenten den Vertrag zu Gunsten einer persona incerta abschlossen?

Es ist daran festzuhalten, daß ein Vertrag an sich nur Wirkungen unter den Contrahenten erzeugt und es also eines besondern Moments bedarf, um für den Dritten ein Recht entstehen zu lassen.

a) Zweifellos hat der Dritte ein Recht erworben, wenn er auf Aufforderung der Contrahenten die ausdrückliche Erklärung abgegeben hat, die Leistung annehmen zu wollen[26]). Die betreffende Aufforderung hat entweder von beiden Contrahenten in Uebereinstimmung oder in solchen Fällen, in denen der Promissar einseitig den Vertrag widerrufen kann und der Promittent lediglich verpflichtet ist, auch nur von dem Promissar zu erfolgen[27]). Durch seine Erklärung tritt der Dritte nicht dem ursprünglichen Vertrage bei, sondern nimmt er die in der Aufforderung zum Beitritt enthaltene Offerte einer Leistung gegenüber dem Promittenten an.

b) Dasselbe gilt auch dann, wenn er die ihm gemachte Offerte stillschweigend angenommen, wenn er seinen Willen sich den Vortheil anzueignen nicht durch Worte, sondern durch in diesem Sinn zu deutende Handlungen erklärt hat[28]), z. B. indem er die Leistung annimmt[29]), sie fordert, eine Klage auf dieselbe anstellt[30]) u. s. w.

---

[26]) Preuß. Lbr. I. 5. § 75, 76; I. 5. § 153 fordert für diesen sg. Beitritt Schriftlichkeit, wenn der ursprüngliche Vertrag nach den Gesetzen schriftlich verfaßt sein mußte; vgl. auch Gareis S. 171 N. 1.

[27]) So auch die Preuß. Praxis bei Gareis S. 170 f. — M. E. ist es nicht zu billigen, wenn die Motive zum Baier. Entwurf S. 65 sagen, daß jeder einzelne Contrahent „als vertragsmäßiger Stellvertreter des andern" für die Verwirklichung des Vertrages die Aufforderung bewirken kann. — Daher ist auch der Promittent nicht allgemein berechtigt, dem Dritten die Leistung zu versprechen (vgl. über diese Frage Bähr S. 160—163).

[28]) Die Preuß. Praxis schwankt, ob es der ausdrücklichen Annahme bedürfe, Gareis S. 171; neuerdings nimmt sie an, es bedürfe der ausdrücklichen resp. schriftlichen Erklärung; die Klageerhebung oder Zahlungsannahme genüge nicht, Förster I. § 75 N. 35 ff.

[29]) Sächs. GB. § 854; vgl. auch Zeitschr. f. Rechtspflege Sachsens N. F. XXXVII. S. 18, 20.

[30]) Entsch. des ROH.Ger. III. S. 351.

c) Die Contrahenten, welche ihm ihre Absicht notificirt haben, dürfen den Vertrag mindestens so lange nicht aufheben, als sie den Umständen nach eine Erklärung seinerseits über Annahme oder Ablehnung erwarten dürfen. Es kommen hier dieselben Sätze über die Gebundenheit an eine Offerte zur Anwendung, welche oben (§ 168 IV) für die Vertragschließung unter Abwesenden entwickelt sind[31]). Sie können zurücktreten, wenn der Dritte innerhalb angemessener Zeit keine Erklärung abgiebt[32]).

d) Es kann aber auch die Absicht der Contrahenten dahin gehen, daß der Dritte den Erwerb soll machen dürfen, auch ohne sich nach erfolgter Offerte über seine Annahme erklärt zu haben. Hier ist ihnen der Rücktritt verwehrt, bis den Umständen gemäß angenommen werden darf, daß der Dritte den Erwerb ausschlägt. Es treten hier ähnliche Grundsätze, wie bei der Auslobung ein. Die dem Dritten gemachte Offerte hat dieselbe juristische Bedeutung, gleichviel ob sie auf einer einseitigen Willenserklärung oder auf einem Vertrage beruht[33]).

5. Darf man auch weiter gehen? Sind die Contrahenten unwiderruflich gebunden und entsteht ein Recht für den Dritten auch ohne daß sie ihn benachrichtigten, ihm eine Offerte machten? Diese Frage ist im allgemeinen zu verneinen und es sind nur einzelne Ausnahmen anzuerkennen.

Wird dem Dritten die Willenseinigung der Contrahenten nicht offiziell mitgetheilt, so können sie ihre Verabredung wieder aufheben, ohne daß er ein Widerspruchsrecht besäße. Ihre ihm nicht mitgetheilte Willenserklärung ist für ihn keine Willenserklärung, steht auf derselben Stufe, wie der Wille einer Person, welcher nicht erklärt ist, wie eine Absicht, welche keinen Ausdruck erhalten hat. Der Dritte erwirbt hier ebenso wenig ein Recht, wie der im Testament zum Erben eingesetzte, so lange der Testator lebt, wie der Besitzer eines Inhaberpapiers, welches vom Aussteller nicht emittirt ist, wie ein Preisbewerber, wenn die Aussetzung eines Preises intendirt, aber nicht veröffentlicht war u. s. w.

---

[31]) Preuß. Ldr. I. 5. § 77, Baier. Entw. art. 33.
[32]) Seuffert VII. 21.
[33]) Siegel S. 143 N. 2.

Eine einseitige Beitrittserklärung von Seiten des Dritten, welchem keine Offerte gemacht ist, hat keine Bedeutung und hindert die Parteien nicht an der Aufhebung ihres Vertrages[34]). Insbesondere kann auch nicht durch Klaganstellung der Wille vom Dritten geltend gemacht werden, den Promittenten als ihm verpflichtet zu behandeln und darf man die Anstellung der Klage nicht als einen Beitritt zu dem Vertrage ansehen[35]). Im allgemeinen also erwirbt der Dritte das Recht nicht durch den Vertrag der Contrahenten, sondern in Folge eines weitern Willens derselben, welcher sich direkt an ihn richtet.

6. Nun giebt es aber in der That einzelne Fälle, in denen der Dritte berechtigt wird, ohne mit den Contrahenten in Beziehung getreten zu sein. Diese einzelnen Fälle gestatten nicht das allgemeine Prinzip aufzustellen, daß der Vertrag direkte Wirkungen für den Dritten äußere, oder a priori Grundsätze zu entwickeln, welche für alle derartigen Fälle gelten sollen[36]).

Die Frage, in welchem Moment hier für den Dritten das

---

[34]) Wächter II. S. 684 N. 23, Bähr S. 144 f., 146, 160: „weder der Promittent, noch der Promissar strecken aus dem Rechtsgeschäft, das sie mit einander abschließen, gleichsam die Hand hinaus, so daß der Dritte nur einzuschlagen brauchte, um selbst als Mitcontrahent da zu stehen" (S. 145).

Anderer Ansicht, daß es keiner Aufforderung bedürfe Unger S. 63 ff., Gareis S. 163, Seuffert XIX. no. 33 (Rostock), Schweizer Obl. R. art. 128 Abs. 2.

[35]) Die entgegengesetzte Ansicht ist in der Praxis sehr verbreitet; vgl. z. B. die Entsch. bei Gareis S. 155 (München), Seuffert XXVII. no. 17 (Berlin), des ROH.Gerichts, Entsch. XXI. S. 233 f., XXIII. S. 163; vgl. auch N. 38, 42 und 45.

[36]) Der Dresdener Entw. art. 203 sagt: der Dritte dürfe die Leistung verlangen, „wenn nicht aus dem Vertrage oder aus den Umständen erhellt, daß er nicht befugt sein solle, das Recht aus dem Vertrage für sich geltend zu machen". — Windscheid § 316 a. E. behauptet, daß nach einem allgemeinen Gewohnheitsrecht der Dritte ein Forderungsrecht in denjenigen Fällen habe, „in welchen die zu Gunsten des Dritten versprochene Leistung die Natur einer Gegenleistung für eine dem Versprechenden von dem Versprechensempfänger gemachte Vermögenszuwendung hat". Danach würde der Dritte eine Klage auf das Halftergeld haben; vgl. dagegen N. 25. — Andere Ansichten verzeichnet Windscheid § 316 N. 15; über Gareis vgl. Stobbe in Goldschmidt's Ztschr. XIX. S. 302 f.

Recht entsteht, ist dahin zu beantworten, daß darüber der Wille der Contrahenten entscheidet. Nur einzelne Präsumtionen dürfen aufgestellt werden.

7. Es ist anzunehmen, daß aus solchen Verträgen, welche nach dem Tode des Promissars zur Ausführung gelangen sollen, der Dritte in Folge dieses Todes ein selbständiges Recht ohne sein Wissen und seinen Willen erwirbt, und daß der Promittent seiner Verpflichtung nicht von Seiten der Erben des Promissars entbunden werden darf. Auch wenn etwa der Promittent Universalsuccessor des Promissars wird, darf er nicht zu Folge der eingetretenen Confusion seine Verpflichtung als erloschen betrachten.

Der in dem Vertrage enthaltene Wille des Promissars, daß der Promittent an den Dritten leisten soll, ist durch seinen Tod sein letzter Wille geworden und soll nicht von seinen Erben umgestoßen werden. So wie der Legatar von dem testamentarischen Erben die Auszahlung der Legate fordert, so verlangt hier der Dritte nach dem Tode des Promissars die Ausführung des im Vertrage enthaltenen letzten Willens[37]).

a) Es gilt dies unbestritten für die in Erbverträgen, ganz besonders in den pacta dotalia zu Gunsten Dritter getroffenen Verfügungen; sie stehen unter den für die Legate geltenden Grundsätzen. Der Dritte erwirbt das Recht mit dem Tode des Promissars und zwar nicht in Folge seiner ausdrücklichen oder vermutheten Acceptation, sondern lediglich in Folge der Zuwendung des verstorbenen Promissars, welcher den Promittenten zur Leistung an ihn verpflichtet hat[38]). Der Vertragserbe muß die Verpflichtung, in welche er ein-

[37]) „Solche Dispositionen zu Gunsten Dritter, wo die zu bewirkende Leistung sich an den Tod eines der Contrahenten anknüpft, nehmen in Beziehung zu diesem die Natur vertragsmäßiger letztwilliger Verfügungen an", Bähr S. 166.

[38]) Preuß. Lbr. I. 12. § 646, Sächs. GB. § 2553. — Buchka Stellvertretung S. 194 ff., Hartmann Erbverträge S. 35 ff., Unger S. 85—87, Gerber § 259 N. 7. — Seuffert III. no. 74, V. no. 299, VII. no. 68, 77, IX. no. 18, XI. no. 133 S. 198, 199, XVI. no. 182, XXIII. no. 220, XXXII. no. 254. — Bedenklich ist nach Lage des konkreten Falls die Entscheidung in XIV. no. 131.

Irrig ist die Annahme, daß der Dritte durch Anstellung der Klage acceptire (Seuffert XI. no. 133 S. 198, 199, XXXIII. no. 12; vgl. dagegen auch

willigte, ebenso erfüllen, wie der testamentarische Erbe die ihm einseitig durch das Testament aufgegebenen Legate. Vor dem Tode des Promissars hat der Dritte kein Recht[39]), da die Contrahenten ebenso wie ein Testator ihre Dispositionen ändern können[40]).

b) Ein gleiches gilt nach unbestrittenem Gewohnheitsrecht für die in Gutsübernahmeverträgen für dritte Personen, besonders den Gatten und die Descendenten des das Gut Uebertragenden festgesetzten Leistungen. Es handelt sich hier um ein besonderes Institut des Bauernrechts, welches dahin ausgebildet ist, daß für das Bauerngut durch die Uebergabe desselben von Seiten des Bauern an seinen Sohn ein ähnliches Resultat erzielt wird, als wenn es nach seinem Tode in Folge von Gesetz oder von letztwilliger Verfügung an den Sohn gelangt wäre[41]). Nicht mit Bezug auf seine gesammten Rechtsverhältnisse, aber für diesen wichtigsten Theil des bäuerlichen Vermögens werden die Wirkungen des Erbganges anticipirt. Wird in dem Uebernahmevertrage der übernehmende Sohn zu Leistungen an seine Geschwister und an seine Mutter verpflichtet, so erwerben diese das betreffende Recht auch ohne dem Vertrage als Contrahenten beigetreten zu sein[42]) oder ihren Erwerbswillen erklärt zu

---

Siegel S. 151 f. und oben N. 35), oder wie mehrere der angeführten Entscheidungen sagen, daß er nach dem Tode des Promissars dem Vertrage beitrete, oder daß der Promissar den Promittenten nur vor der Acceptation von Seiten des Dritten seiner Verbindlichkeit entlassen dürfe (Seuffert XI. no. 133 S. 199).

[39]) Ein unbedingt widerrufliches Recht ist kein Recht; vgl. Siegel S. 153 N. 18.

[40]) Das Recht des Widerrufs ist nur ausgeschlossen, wenn der Dritte als wirklicher Mitcontrahent zugetreten ist; Fuldaischer gemeiner Bescheid v. 1795 (Thomas III. S. 169).

[41]) Unten V. § 323. — Es wird mit Bezug auf das Gut so angesehen, als ob der Bauer gestorben wäre, ebenso wie diese Auffassung nach älterem Recht auch dann eintrat, wenn ein Eigenthümer sein Gut ohne Genehmigung der Erben veräußert hatte; vgl. oben § 87 N. 47, 48. — Eine dritte Anwendung derselben bietet ein Ehevertrag v. J. 1296 bei Schröder Urkk. no. 163 (136): der überlebende Gatte soll nicht wieder heirathen; sed si secus fecerit, quod absit, omnia bona mobilia et immobilia . . . . tanquam ex morte ipsius dinoscerentur vacare et libera ad prefatos liberos nostros libere devolventur; vgl. auch unten V. § 279 N. 3.

[42]) Um die Disharmonie zwischen dieser unbestritten geltenden Praxis und der in den Partikularrechten enthaltenen gesetzlichen Bestimmung, daß es des

haben; sie können die Leistungen ebenso fordern, als wenn der Bauer gestorben wäre und ihnen testamentarisch die Abfindung vermacht hätte.

Was die Zeit des Erwerbes für den Dritten angeht, so kommt es auf die Lage des konkreten Falls an. Im allgemeinen ist anzunehmen, daß nicht sofort mit der Abschließung des Vertrages, sondern erst mit seiner thatsächlichen Ausführung, mit der Uebernahme des Guts durch den Sohn die Bedachten ein Recht auf die Leistungen gewinnen und die Disposition bis zu derselben von Seiten der Contrahenten abgeändert werden kann[43]). Es muß aber noch weiter unterschieden werden: wenn der Vertrag zwischen dem abtretenden Bauern und dem Uebernehmer bestimmt, daß die Abfindlinge nicht schon bei der Uebernahme, sondern erst später die Leistungen empfangen sollen, so können die Contrahenten auch jetzt noch die Festsetzungen ändern oder den ganzen Uebernahmevertrag rückgängig machen. Nimmt der Bauer das Gut wieder zurück und wird kein neuer Uebernahmevertrag geschlossen, so tritt später die

---

Beitritts des Dritten bedürfe, um ein Recht zu erwerben (oben S. 113), zu verdecken, behauptete man, daß die Dritten, die Abfindlinge durch ihre Eltern beim Vertrage vertreten wären und sich so mittelbar an demselben betheiligten; so insbesondere das Preuß. Obertribunal Förster I. § 75 N. 38 ff., Dernburg II. § 20 N. 3, ferner Seuffert XII. no. 284 S. 378 N. 1. Vgl. dagegen Siegel S. 151, Gareis S. 172 ff. Unrichtig ist auch die Formulirung, daß die Kinder „durch Klage auf Bezahlung jener Erbtheile ihren Beitritt zu dem Vertrage erklären," Seuffert II. no. 213, III. no. 284 N. 1. — Entgegen der allgemeinen Rechtsüberzeugung nimmt ein Jenaer Erkenntniß bei Emminghaus S. 161 no. 233 an, daß die nicht an dem Vertrage theilnehmenden Kinder auch nicht auf die Abfindung klagen können, und erklärt sich auch Buchka S. 200 ff. gegen das Recht der Kinder.

[43]) Dagegen behauptet Unger S. 82, daß die Kinder aus dem Vertrage „sofort ein festes unwiderrufliches Recht" erwürben, und dasselbe nimmt auch Seuffert III. no. 32 an.

Meines Erachtens kann das Recht erst mit der wirklichen Gutsabtretung entstehen; da dieselbe sich aber meistens unmittelbar an den Vertrag selbst anschließen wird, tritt dieser Unterschied nicht deutlich hervor. — Vgl. über die Frage auch Seuffert XIV. no. 131, XXI. no. 224.

Zu weit gehen Seuffert II. no. 213 und Dernburg II. § 20 N. 4, welche die Widerruflichkeit der Rechte der Abfindlinge bis zum Tode des übergebenden Bauern vertheidigen. Das kann doch nicht für solche Rechte gelten, welche bereits mit der Ausführung der Gutsabtretung fällig geworden sind.

gesetzliche Erbfolge ein und können die von dem Gut ausgeschlossenen Kinder nicht dasjenige fordern, was ihnen früher ausgesetzt worden war.

c) Es gehören ferner hieher Lebensversicherungen zu Gunsten dritter Personen[44]). Hat derjenige, welcher sein Leben versichert, sich versprechen lassen, daß die Lebensversicherungssumme bei seinem Tode an eine bestimmte Person, seine Ehefrau oder einen Dritten ausgezahlt werden soll, so erwerben dieselben das Recht auf die Summe erst durch den Tod des Versicherten[45]). Bis dahin können die Contrahenten den Vertrag ändern, kann der Versicherte das Recht einer andern Person zuweisen, kann möglicherweise auch überhaupt der Anspruch aus der Versicherung fortfallen, z. B. weil die Prämien nicht gezahlt wurden, der Versicherte sich das Leben nahm u. s. w.

Ganz die gleichen Grundsätze treten ein, wenn Jemand sich für den Fall seines Todes eine Rente für eine andere Person, insbesondere wenn ein Ehemann sich für seine Frau eine Wittwen-

---

[44]) Daß die Dritten eo ipso das Recht erwerben, nehmen auch solche Gesetzgebungen an, welche sonst den Beitritt zum Vertrage fordern, so das Preuß. Lbr. II. 8. § 2280; vgl. auch Seuffert XXIII. no. 221.

[45]) Seuffert XXIII. no. 221, XXIV. no. 156, XXXVI. no. 155, Entsch. d. ROHGer. III. S. 339 ff., 351, Staudinger Lebensversicherungsvertrag S. 159 ff., Behrend in s. Ztschr. VIII. S. 334 ff., Hinrichs in Goldschm. Ztschr. XX. S. 409 f., 415. — Unrichtig ist die Formulirung (Seuffert XXIV. no. 156), der Dritte habe bis zum Tode des Promissars ein widerrufliches Recht; er hat vielmehr gar kein Recht.

Anderer Ansicht Unger S. 84 f.: der Dritte „erwirbt sofort ein festes selbständiges, aber nach der Absicht in der Regel wohl nicht vererbliches Recht auf Auszahlung einer bestimmten Summe nach dem Tode des Versichernden." — Schwankend äußert sich Gareis; er erkennt S. 278 f., 281 ff. die prekäre Berechtigung des Dritten an, aber behauptet doch auch S. 280, der Dritte erwerbe das Recht „kraft der Acceptation des Promissars." Auch ist ihm darin nicht zuzustimmen (S. 279 f.), daß er bei Lebzeiten des Promissars sein Recht einem Andern cediren dürfe. Er hat dann noch gar kein Recht; er könnte nur ein pactum de contrahendo schließen, daß er, falls er ein Recht erwerben sollte, dasselbe cediren wolle.

Auch hier wiederholt sich die Auffassung, daß der Dritte durch Klaganstellung dem Vertrage beitrete, z. B. Entsch. des ROHGer. III. S. 351. Er erklärt vielmehr durch die Klage, daß er ein ihm zustehendes Recht auch geltend zu machen beabsichtige.

versorgung (Pension) versprechen läßt[46]). Vor seinem Tode besteht kein Recht für den Dritten; es fällt ihm erst mit dem Tode an[47]).

8. Partikularrechtlich erwirbt der Dritte das Recht auch noch in einigen weiteren Fällen, ohne daß er in eine direkte Beziehung zu den Contrahenten getreten wäre. So soll nach einzelnen Partikularrechten, in welchen der Grundsatz „Kauf bricht Miethe" gilt, wenn sich der Käufer gegen den Veräußerer des Grundstücks verpflichtet hat, den Miether wohnen zu lassen, der Miether ohne weiteres dem Käufer gegenüber das Wohnungsrecht gewinnen[48]), und ferner soll derjenige, welcher in einem Schuldübernahmevertrage verspricht die Schuld des Andern zu bezahlen, dem dritten Gläubiger auch ohne dessen Beitritt zu dem Vertrage verhaftet sein[49]).

III. Der Grund dafür, daß in den angeführten Fällen (II. 6—8) der Dritte eo ipso ein Recht erwirbt (sg. echte Fälle von Verträgen zu Gunsten Dritter), ist lediglich darin zu suchen, daß unsere Rechtsordnung dem Willen der Kontrahenten die Kraft beimißt für den Dritten unmittelbar ein Recht entstehen zu lassen. Man muß sich von dem Gedanken losmachen, daß der Erwerb auf einer fingirten Cession von Seiten des Promissars[50]) oder darauf beruhe, daß der Promissar als Stellvertreter für den Dritten gehandelt habe[51]), — überhaupt das Dogma fallen lassen, als ob obli-

---

[46]) Buchka und Budde VIII. (N. F. III.) S. 106 (auch bei Seuffert XXXIII. no. 12). — Anderer Ansicht Unger S. 75: Frau und Kinder erhalten „sofort einen festen selbständigen Anspruch auf Auszahlung einer bestimmten Geldsumme nach seinem Tode." — Bluntschli § 133. 2 betrachtet „den Besteller als Stellvertreter des Erwerbers der Rentenforderung."

[47]) Wenn daher bei Lebzeiten des Mannes die Kasse Konkurs macht, hat der Mann und nicht die Frau die Forderung im Konkurse anzumelden, Bähr S. 154 N. 23a.

[48]) Vgl. unten § 186 N. 23.

[49]) Vgl. unten § 181.

[50]) Bähr S. 136, 146 ff., 155 f.: der Promissar überweise die ihm zugesagte Leistung dem Dritten; der Dritte klage aus dem Recht des Promissars kraft der in der Ueberweisung stillschweigend für ihn enthaltenen Ermächtigung mit einer actio mandati utilis. — Dabei bleibt unberücksichtigt, daß der Promissar ein Recht auf die Leistung an den Dritten, der Dritte aber ein Recht auf die Leistung an ihn selbst hat und so das Recht des Dritten und des Promissars durchaus heterogener Natur sind; vgl. auch Gareis S. 38 ff., 118 ff.

[51]) Diesen Standpunkt vertheidigt noch Bruns in d. Encykl. § 52: „direkte

gatorische Rechtsverhältnisse nur aus einem Vertrage zwischen Gläubiger und Schuldner entstehen könnten. Ganz ebenso wie die einseitige Erklärung einer Person einen Dritten zum Gläubiger machen kann, geschieht dies hier durch die vertragsmäßige Gebundenheit des Promittenten gegenüber seinem Contrahenten. Das Recht des Dritten ist nicht das Recht des Promissars, überhaupt kein vertragsmäßiges, sondern entspringt dem Willen des Promittenten, womit nicht gesagt sein soll, daß es gleichzeitig mit dem Abschluß des Vertrages entsteht. Der Dritte wird Gläubiger und der Promittent wird Schuldner, unabhängig von dem Willen des Dritten. Lediglich die Geltendmachung, nicht die Entstehung seines Rechts, hängt von seinem Willen ab; indem er die Leistung fordert oder einklagt, macht er sich nicht erst den Promittenten zum Schuldner, sondern erhebt nur den Anspruch, welcher ohne sein Zuthun durch einen fremden Vertrag ihm erwachsen ist[52]).

IV. Die Frage, in wie weit das Recht des Dritten von dem zwischen dem Promittenten und dem Promissar bestehenden Rechtsverhältniß beeinflußt wird und der Promittent aus demselben heraus dem Dritten Einreden entgegenstellen darf, läßt sich nicht allgemein, sondern nur für die einzelnen Arten von Verträgen und je nach der konkreten Absicht der Contrahenten entscheiden[53]).

Stellvertretung, aber ohne Auftrag." „Diese kann jedoch nicht anders, als durch Ratihabition gültig werden. Dem Dritten kann ohne und wider seinen Willen kein Recht aufgedrungen werden, seine Annahme ist nöthig." — Dem ist zu entgegnen, daß hier ebenso wie durch das Erbrecht ein direkter Erwerb ohne Willen des Erwerbenden erfolgt, daß aber derselbe den Erwerb ausschlagen kann. Dadurch beseitigt sich das Bedenken, es würden dem Dritten Rechte aufgedrungen.

[52]) Uebereinstimmend Siegel S. 145 ff., Unger in s. ganzen Abh., Windscheid § 316a N. 9 ff. — Ebenso Gareis S. 223 ff. (vgl. auch bei Goldschmidt XXI. S. 357 f.), aber mit der nicht zu billigenden Nüance, daß der Dritte dadurch erwerbe, daß der Promissar zu Gunsten des Dritten acceptire; dieselbe Auffassung hat eine Rostocker Entscheidung (Buchka VIII. S. 106). So gelangt man doch wieder zur Stellvertretung.

[53]) Bähr S. 155 f., der Promittent habe alle Einreden mit Ausnahme der der Compensation; Siegel S. 148 N. 11 und Gareis S. 168, 241—245, 283 f., er habe im allgemeinen keine Einreden aus seinem Verhältniß zum Promissar. — Die Ausschließung der Compensationseinrede bestimmen Dresden. Entw. art. 205, Schweiz. Obl. R. art. 135.

§ 173. Die Form der Verträge.

I. Der im spätern Mittelalter ausgebildete und auch nach der Reception beibehaltene Grundsatz, daß der formlose Consens zur Entstehung des Vertrages hinreiche (oben § 165), hatte nicht ausnahmslose Geltung; es wurde für einzelne Vertragsarten oder für Verträge von höherem Vermögenswerth in den Partikularrechten eine besondere Form erfordert, oder es war der formlos abgeschlossene Vertrag wohl gültig und klagbar, aber er konnte vom Beklagten abgeleugnet werden[1]). Der Beweis war dem Kläger nach zahlreichen Quellen des spätern Mittelalters nur dann gesichert, wenn die Abschließung des Vertrages vor Gericht oder vor Rathspersonen oder vor obrigkeitlich erwählten besonderen Urkundspersonen (Genannte, denominati)[2]) oder vor besonders zugezogenen Zeugen (den Leikaufleuten, homines litcopiales)[3]) erfolgt oder wenn eine Urkunde über ihn aufgenommen war. Hatte der Abschluß vor Gericht oder dem Rath stattgefunden, so fand regelmäßig eine Aufzeichnung in den Gerichts-, resp. den Stadtbüchern statt und konnte sich später der Berechtigte auf diese öffentlichen Bücher berufen.

II. Die Formvorschriften der neueren Legislationen[4]) machen von ihrer Beobachtung entweder die Gültigkeit oder Klagbarkeit oder Beweisbarkeit des Vertrages abhängig; es kommt hier in Betracht die Abschließung vor Gericht, die Zuziehung von Zeugen, die Aufnahme einer Urkunde.

1. Gerichtlichkeit oder Abschließung des Vertrages vor der Obrigkeit wurde schon nach älterm Recht für Vergabungen von

[1]) Stobbe z. Gesch. des Deutschen Vertragsrechts S. 17 ff.

[2]) Stobbe S. 18 ff., Laband in d. Ztschr. f. Deutsch. R. XX. S. 15, Tomaschek d. R. in Oesterr. S. 128.

[3]) Oben § 165. 1. b, und Note 6.

[4]) Der Handelsstand emancipirte sich schon früh von den Formvorschriften (Endemann Handelsrecht § 96 N. 3. — vgl. auch Preuß. Ldr. I. 5. § 149—151) und gegenwärtig bestimmt art. 317 des HGBuchs: „Bei Handelsgeschäften ist die Gültigkeit der Verträge durch schriftliche Abfassung oder andere Förmlichkeiten nicht bedingt“, wovon allerdings auch zahlreiche Ausnahmen gelten, Thöl § 250.

Todeswegen, für den Rentenkauf, für alle Verträge, welche Immobilien zum Gegenstande haben[5]), u. s. w. gefordert. Oft wurde auch in einer Art von obervormundschaftlicher Sorge gefordert, daß die Bauern ihre Verträge vor der Obrigkeit abschließen sollten, um gegen Uebervortheilungen gesichert zu werden[6]). Bestimmungen, daß Verträge über Immobilien vor Gericht zu schließen seien, gehören in großer Zahl auch dem neueren Recht an[7]).

Verlangt das Gesetz die Zuziehung der Obrigkeit nur der Form wegen zur Beglaubigung, so kann in dubio der Vertrag vor jeder im Gesetz bezeichneten Behörde erfolgen[8]); soll dagegen eine causae cognitio und Bestätigung erfolgen, so ist eine besondere Competenz begründet; der Vertrag soll vor der Obrigkeit desjenigen Sprengels abgeschlossen werden, in welchem das Grundstück liegt, um welches es sich handelt, oder welchem die betreffenden Personen angehören[9]).

2. Der Abfassung vor Gericht steht da, wo die Form des Beweises wegen vorgeschrieben ist, oft die Aufnahme der Urkunde vor einem Notar und zwei Zeugen gleich[10]).

---

[5]) Laband vermögensr. Klagen S. 248 f., Stobbe in v. Ihering's Jahrbb. XII. S. 222 ff., Ztschr. f. RG. XIII. S. 250.

[6]) Vgl. oben I. § 44 N. 40. Aus demselben Grunde wurde im 16. Jahrh. oft gefordert, daß Juden ihre Verträge mit Christen vor der christlichen Obrigkeit abschließen sollten, vgl. oben I. § 46 VIII.

[7]) Alte Preuß. Hyp. O. II. § 60, 61, Preuß. Ger.O. II. 1. § 3, Dernburg § 96 N. 13, vgl. auch § 103, Roth II. § 136 N. 35 ff., Sächs. GB. § 822, Hannöv. Ges. v. 1843 (Kraut § 123 no. 7), Großherz. Hess. Ges. vom 4. Aug. 1871 § 1. — Nach dem Ges. v. Schaumburg-Lippe v. 4. März 1870 bedarf es nicht mehr der Bestätigung des Richters, sondern genügt die öffentliche Urkunde. — Manche Gesetze begnügen sich mit der schriftlichen Aufzeichnung des Vertrages, so das Würtemb. v. 23. Juni 1853 (Seuffert XXII. no. 204, XXXI. no. 109). — Nach dem Ges. f. Meiningen v. 16. Okt. 1872 § 1 wird keine Form mehr für Verträge über die Veräußerung von Immobilien erfordert, sondern tritt die Gültigkeit und Klagbarkeit mit dem Abschluß des Geschäfts ein.

Auf die Detailbestimmungen brauchen wir hier nicht einzugehen, da die Partikularrechte weit auseinander gehen und einzelnes unten bei den einzelnen Verträgen nachgeholt wird.

[8]) Z. B. Preuß. Ldr. II. 17. § 48, Anh. zu § 58.

[9]) Preuß. Ldr. II. 17. § 55, 56, 58, aber auch Anh. dazu, Preuß. Ger.O. II. 1. § 3—6, § 9. — v. Wächter II. S. 769 f.

[10]) Preuß. Ger.O. II. 1. § 10. — Nach dem Reichsges. v. 8. Novbr. 1867

3. Die Schriftlichkeit der Verträge war schon in alter Zeit vielfach in Gebrauch, weniger um die Ernstlichkeit des Vertragswillens zu konstatiren, als um ein Beweismittel zu erhalten[11]). Während die meisten neueren Partikularrechte nur für gewisse Verträge in Rücksicht auf ihren Inhalt schriftliche Abschließung fordern, verlangen einige die Schriftlichkeit für alle Verträge von einem gewissen ökonomischen Werth. So sind nach Preuß. Landrecht alle Verträge über 50 Thaler schriftlich zu errichten, um klagbar zu sein[12]); nach dem Code civil art. 1341 bedarf es der Schriftlichkeit für alle Verträge über 150 Franken (Bad. Ldr. art. 1341: über 75 Gulden) und zwar des Beweises wegen[13]).

Um eine bindende Verpflichtung durch die Schrift zu begründen, bedarf es der Unterschrift[14]); werden mehrere Exemplare ausgefertigt und gegenseitig übergeben, so genügt es, wenn die dem einen Contrahenten übergebene Urkunde von dem Andern unterschrieben ist[15]).

III. Ob die Form im Gesetz wegen der Gültigkeit oder der Klagbarkeit oder der Beweisbarkeit gefordert wird, ist aus dem

§ 16, 17 haben die Reichskonsuln in Ansehung der Rechtsgeschäfte, welche Reichsangehörige errichten, das Recht der Notare, so daß die vor ihnen und zwei Zeugen aufgenommenen Urkunden den Notariatsurkunden gleichstehen.

11) Ueber älteres Recht Beseler Erbvertr. II. 1. S. 40, über das Urkundenwesen bei den Westgothen Dahn Studien S. 68 ff.

12) Preuß. Ldr. I. 5. § 131, 155, 156. Ueber die Entstehungsgeschichte dieser Fridericianischen Vorschrift Dernburg § 96. Ferner für gewisse Arten von Verträgen Pr. Ldr. I. 5. § 135—141; Fälle, in denen die Schrift nicht erfordert wird, auch ohne Rücksicht auf den Werth I. 5. § 137, 144, 145. Ueber die einzelnen Bestimmungen Dernburg a. a. O.

13) Auf das Detail ist hier nicht einzugehen; einiges später bei den einzelnen Verträgen.

14) Preuß. Ldr. I. 5. § 116, Oestr. GB. § 884, 885, Sächs. GB. § 825, Schweiz. Obl. R. art. 12. — Die Namensunterschrift durch einen Andern auf Grund eines mündlichen Auftrags genügt nicht nach Preuß. Recht; es bedarf des schriftlichen Auftrags, Plen. Beschl. des Preuß. O. Trib. XXIX. S. 293; vgl. auch Dernburg § 97 N. 6—8.

15) Sächs. GB. § 825, ROH.Ger. Entsch. VI. S. 354, vgl. auch XVIII. S. 7 ff. — Abweichend Thöl § 244. 1—3, daß der Vertrag erst perfekt sei, wenn Jeder auch die ihm ausgehändigte Urkunde unterschrieben habe, — aber mit dem Zugeständniß, daß auch eine weniger strenge Form gewollt sein könne. Ueber die Frage, ob die schriftliche Vertragsurkunde durch Briefwechsel oder

Gesetz selbst zu entnehmen; fehlt es darüber an deutlichen Hinweisungen, so ist wohl dafür zu präsumiren, daß bei Nichtbeobachtung der Form der Vertrag nichtig sein soll[16]).

IV. Verlangt das Gesetz die Form (Gerichtlichkeit, Schriftlichkeit) zur Gültigkeit des Vertrages, so ist der vor Erfüllung der Form zu Stande gekommene Consens rechtlich indifferent. Das Recht will Jedem Zeit geben sich die Sache zu überlegen und nimmt ihn nicht bei seinem Wort; die vor der förmlichen Eingehung des Vertrages abgegebene Willenserklärung kann zurückgenommen werden und giebt kein Recht auf Nachholung der Form zu dringen. Das bloß gesprochene Wort ist bedeutungslos und giebt weder eine Klage noch eine Einrede. Es besteht nicht einmal ein Vorvertrag (kein gültiges pactum de contrahendo)[17]).

Auch wenn die Paciscenten vor dem förmlichen Abschluß für denjenigen, welcher den Vertrag nicht erfüllen werde, eine Conventionalstrafe festgesetzt haben, kann, da der ganze Vertrag ohne Form ungültig ist, nicht gegen denjenigen, welcher von der Verabredung zurücktritt, auf die Conventionalstrafe geklagt werden[18]).

Selbst wenn beide Contrahenten den Vertrag erfüllten, haben sie keine rechtlich anerkannte Verbindlichkeit erfüllt; jeder besitzt das

---

Telegramme ersetzt werden könne, Preuß. Lbr. I. 5. § 142, 143, Dernburg I. § 97, Beseler § 103 N. 17, Thöl § 244 no. 5, Endemann § 95 V. — Entsch. des ROH.Ger. VI. 353 ff.

16) Sächs. GB. § 100, 824, Dresd. Entw. art. 78. — v. Wächter II. S. 768, Windscheid § 72 N. 2, § 312 N. 7. — Die entgegengesetzte Präsumtion enthält Preuß. Lbr. I. 3. § 40, 41, Ger.O. II. 1. § 11, daß die Form regelmäßig „zur mehrern Gewißheit und Beglaubigung" erfordert werde und Nichtigkeit ohne Beobachtung der Form nur anzunehmen sei, wenn das Gesetz die Form ausdrücklich zur Gültigkeit verlangt.

17) Vgl. z. B. Roth II. § 136 N. 39 und überhaupt Thöl § 241.

18) Preuß. Lbr. I. 5. § 310, Sächs. GB. § 1433, Preuß. Ges. v. 29. Mai 1873 § 4, Großherzogl. Hess. Ges. v. 4. Aug. 1871 § 2, Dresd. Entw. art. 130. — Seuffert XII. no. 261, XXV. no. 228, Bl. f. Rechtspfl. in Thür. XXIII. S. 149 f. (Jena). — Roth § 163 N. 62, Regelsberger civ. rechtl. Erört. I. S. 140, Thöl § 241 N. 3. — Die entgegengesetzte Ansicht vertreten Seuffert XX. no. 221, XXII. no. 127, XXVIII. no. 214, Leonhardt Rechtsverhältnisse am Grundeigenthum 1841. S. 136—141, Puchta § 231 bei N. d, Windscheid § 286 N. 2, und auch für das Preuß. Recht Dernburg I. § 96 N. 10, II. § 39 N. 6.

Empfangene sine causa und kann vom Andern zur Rückgabe angehalten werden[19]). Ist nur von einer Seite erfüllt, so kann nicht der Empfänger dadurch, daß er sich zur Gegenleistung erbietet, die Rückforderung von Seiten des Erfüllenden verhindern[20]).

V. Wo das Gesetz die Bestätigung des Vertrages fordert, kann möglicherweise die Verabredung vor dieser Bestätigung ganz wirkungslos sein, möglicherweise aber doch die Bedeutung haben, daß jeder die Untersuchung des Richters (causae cognitio) fordern darf und daß, wenn die Bestätigung erfolgt, das Rechtsgeschäft volle Wirkung erlangt[21]).

VI. Wo die Form nicht der Gültigkeit, sondern der Klagbarkeit wegen erfordert wird, ist ohne Beobachtung der Form eine Klage unzulässig, selbst wenn die Verbindlichkeit von der andern Seite zugestanden ist[22]). Ist der Vertrag völlig erfüllt, — der zweiseitige von beiden Contrahenten, der einseitige von dem Verpflichteten, — so kann die Erfüllung nicht widerrufen werden[23]). Der Klage bedarf es jetzt nicht mehr; es ist so anzusehen, als ob der Vertrag in ausreichender Form abgeschlossen worden wäre. Daher darf auch angenommen werden, daß wenn die Erfüllung in-

---

[19]) Steinacker S. 244 N. 6, Großherzgl. Hess. Ges. vom 4. Aug. 1871 § 1, 2. — Für Verträge über Immobilien nimmt dies auch die Preußische Praxis an; denn nur für Mobilien bestimmt Preuß. Ldr. I. 5. § 146, daß bei beiderseitiger Erfüllung kein Contrahent das abgemachte Geschäft anfechten darf. Die Praxis stützt sich auf I. 5. § 156, vgl. darüber auch Förster (2. Aufl.) I. § 79 N. 82, Dernburg § 98. Jedenfalls sind die betreffenden Bestimmungen des Landrechts mangelhaft redigirt.

Eichhorn § 93 N. c. will in dem obigen Fall die Rückforderung ausschließen und beruft sich auf L. 53. D. L. 17; es müsse das gegebene als geschenkt betrachtet werden. Indessen kann dies doch nicht nach Partikularrechten gelten, welche ohne die Form gar keine Obligation, nicht einmal eine obligatio naturalis annehmen.

[20]) Thöl § 241 B. 2.

[21]) Regelsberger S. 141; es wäre also vor der Bestätigung ein bindender Vorvertrag vorhanden.

[22]) Dernburg § 98 N. 1.

[23]) So z. B. für Verträge über Mobilien Preuß. Landr. I. 5. § 146. — Wenn manche Gesetze (z. B. das verbesserte Ldr. f. d. Kgr. Preußen IV. Tit 6. art. 7 § 1) bestimmen, daß der Contrakt ohne die Form nichtig sein, wenn er aber erfüllt wurde, nicht widerrufen werden soll, so ist das ein unrichtiger Ausdruck; es liegt dann nur eine klaglose obligatio naturalis vor.

sofern eine unvollkommene war, als sich für eine Partei Ansprüche aus dolus, culpa, Eviktion u. s. w. ergeben, diese jetzt durch Klage geltend gemacht werden dürfen[24]).

Ist der zweiseitige Vertrag von der einen Seite erfüllt, so kann der Erfüllende allerdings nicht auf die Gegenleistung klagen[25]), sondern nur das in Erwartung der Gegenleistung gegebene zurückfordern, indessen geben Partikularrechte dem Empfänger gegenüber der Klage des Erfüllenden die Wahl, ob er das Empfangene zurückgeben resp. vergüten oder ob er seinerseits erfüllen will; ohne dabei in Frage zu stellen, ob der erfüllende sich zur Annahme der Gegenleistung bereit erklärt oder nicht[26]).

VII. Endlich kann die Form des Beweises wegen gefordert werden. Hier kommt es nicht auf ihre Beobachtung beim Abschluß des Rechtsgeschäfts an; sie kann auch nachgeholt werden. Das Rechtsgeschäft ist auch ohne sie gültig und klagbar und es wird der Beklagte verurtheilt, wenn er seine Verbindlichkeit zugesteht. Aber im Leugnungsfall kann der Kläger nur, wenn er sich im Besitz der beweisenden Urkunde befindet, seinen Anspruch durchführen[27]).

VIII. Wenn die Parteien, wo das Gesetz keine Form verlangt, eine solche verabredet haben, kann ihre Absicht dahin gehen, daß der

---

[24]) Eichhorn § 93 N. g, Walter § 253 N. 6, Dernburg I. § 98. 1. — Anderer Ansicht Thöl § 242 N. 3, 4, v. Gerber § 160 N. 4; sie würde aber zu unerträglichen Consequenzen führen und denjenigen, welcher geleistet hat, bei zweiseitiger Erfüllung ungünstiger stellen, als wenn er nur allein erfüllt hätte, während der Andere noch mit seiner Leistung im Rückstande wäre.

[25]) Unrichtig ist Eichhorn's § 93 N. f. Hereinziehung der Analogie des Innominatkontrakts, wonach er elektiv auf Rückgabe oder auf Erfüllung von der andern Seite klagen könnte. — Freilich wird auch dies gelegentlich partikularrechtlich bestimmt; z. B. Ldr. I. 11. § 998 f., wonach der Verlagskontrakt schriftlich zu schließen ist, aber der Schriftsteller, welcher ohne schriftlichen Contrakt das Manuskript abgeliefert hat, das mündlich versprochene Honorar fordern darf. — Das entspricht der altdeutschen Auffassung, vgl. oben § 165 1. c.

[26]) Es besteht also entgegengesetzt dem Innominatkontrakt das Wahlrecht auf Seite des Empfängers, nicht des Erfüllenden. — So z. B. Preuß. Ldr. I. 5. § 155, 156; über das Detail der Bestimmungen Dernburg § 98. 2, über die Prinziplosigkeit derselben v. Savigny Obl. R. I. S. 128—131.

[27]) Dies ist die Bestimmung des C. civ. 1341, wonach Rechtsgeschäfte über 150 Franken nur durch Urkunden, nicht durch Zeugen bewiesen werden können, Zachariä IV. § 758. — Regelsberger S. 145.

Vertrag erst wenn alle Bestandtheile desselben durch die Schrift fixirt sind, perfekt sein soll und bis zur Unterschrift jeder von beiden Theilen zurücktreten darf, oder aber, daß zu dem an sich durch die Uebereinstimmung bindenden Vertrage noch eine Form hinzutreten soll, um seinen Inhalt für etwaige künftige Streitigkeiten festzusetzen. Im letztern Fall ist auch ohne Hinzutritt der Form eine Klage auf Erfüllung und auch auf Nachholung der Form zulässig. Ob die Parteien von der Form die Gültigkeit oder die Beweisbarkeit abhängig machen wollten, ist für den konkreten Fall nach der Sachlage zu entscheiden. Wurde die Form nach Abschluß des Vertrages verabredet, so ist anzunehmen, daß man ein Beweismittel gewinnen wollte; erfolgte die Verabredung aber vor dem Abschluß, so ist es mißlich allgemeine Präsumtionen über die Absicht der Parteien aufzustellen[28]).

IX. Welche Bedeutung haben mündliche Nebenabreden[29]) neben dem schriftlichen Vertrage? Im allgemeinen ist anzunehmen, daß wenn der Vertrag schriftlich aufzuzeichnen ist, in die Schrift der gesammte Vertragsinhalt, soweit er nicht aus dem Gesetz ergänzt wird, einzukleiden ist und daß die in ihr übergangenen, vorher besprochenen Punkte zur Zeit der schriftlichen Abfassung aufgegeben worden sind[30]),

---

[28]) Die römische Bestimmung, daß bei verabredeter Schrift kein Theil vor ihrer Vollendung gebunden sein soll, ist nur von dem Fall zu verstehen, daß diese Verabredung vor perfektem Vertrage getroffen wurde, Thöl § 243, vgl. auch Windscheid § 312 N. 12, Seuffert XVI. no. 12, XXV. no. 225.

Allgemeine Präsumtionen stellen manche Gesetze auf: Oestr. GB. § 884: „Haben sich die Parteien ausdrücklich zu einem schriftlichen Vertrage verabredet, so wird er vor der Unterschrift der Parteien nicht für geschlossen angesehen"; ähnlich Preuß. Ldr. I. 5. § 117, Zürich. GB. § 913, Mecklenb. VO. v. 1. Juni 1847 (Kraut § 123 no. 4), Schweizer Obl. R. art. 14. — Dagegen Dresd. Entw. art. 77: „Ist für den Vertrag eine besondere Form von den Vertragschließenden vereinbart worden, so ist im Zweifel anzunehmen, daß dies bloß zur Erlangung eines Beweismittels geschehen sei". — v. Wächter II. S. 771 f.: die Form sei ein Erforderniß der Gültigkeit, wenn die Verabredung vor Abschluß des Vertrages erfolgte, — sie sei als Beweismittel gewollt, wenn die Formberedung nach Abschluß des Geschäfts oder nach Erfüllung von einer Seite erfolgte. Ebenso unterscheidet Sächs. GB. § 823, 24.

[29]) „Ueber die Art, den Ort, oder die Zeit der Erfüllung oder andere dabei vorkommende Maaßgaben", Preuß. Ldr. I. 5. § 129.

[30]) Entsch. des ROH. Ger. I. no. 73 S. 256, 259, II. no. 45, III. no. 45 S. 203 f.

resp. daß die Absicht dahin ging den mündlich abgeschlossenen Vertrag später zu modifiziren. Demgemäß erklären die Gesetze mündliche Verabredungen neben dem Gesetz für unwirksam[31]).

Doch kann dies doch nur da unbedingt gelten, wo das Gesetz die Aufzeichnung fordert[32]) oder die Parteien die Gültigkeit des Vertrages von der Aufzeichnung abhängig gemacht haben. Diese Einschränkung sprechen auch einzelne Legislationen aus und nehmen die Ungültigkeit der mündlichen Verabredungen nur an, wo das Gesetz die Schrift fordert, nicht auch da, wo die Parteien sie verabredet haben und ihr Wille dahin ging, daß diese Verabredungen neben der Urkunde gelten sollen[33]). Da es in dem letztern Fall von den Parteien abhing, in wie weit sie den Vertrag schriftlich fixiren wollten, dürfen sie sich auch insofern auf die nicht aufgenommenen Verabredungen berufen, als dieselben nach ihrer Absicht neben dem schriftlichen Vertrage in Kraft bleiben sollten[34]).

X. Von dem in Rücksicht auf Inhalt und Form perfekten Vertrage unterscheidet man den Vorvertrag, das pactum de contrahendo: hier haben sich die Parteien darüber geeinigt, daß ein Vertrag geschlossen werden soll, es fehlt aber noch etwas in formeller oder materieller Beziehung[35]). Entsprechend ist dem den gesammten Inhalt des Vertrages enthaltenden und in der gesetzmäßigen oder

---

[31]) Preuß. Ldr. I. 5. § 127—129, 147, Oestr. GB. § 887, Zürich. GB. § 916, Schweizer Entw. v. 1877 art. 61 b. — Anders Schweiz. Obl. R. art. 11.

[32]) Seuffert XXV. no. 14.

[33]) C. civ. 1341 (da von der Schrift der Beweis abhängig gemacht ist, können mündliche Nebenabreden gar nicht bewiesen werden), Sächs. GB. § 826, Dresd. Entw. art. 80. — So wird auch entschieden in der Langenbeck'schen Glosse zum Hamb. Stdtr. v. 1497 L. VII.: Die Urkunde sprach nur vom Verkauf von Heringen; der Verkäufer liefert helgolander Heringe, der Käufer behauptet, daß flämische Heringe verabredet seien. Es wird ihm der Beweis darüber nachgelassen.

[34]) Thöl § 244. II., Seuffert VI. no. 19, XX. no. 217, XXI. no. 33, XXIV. no. 229; vgl. auch III. no. 30, 154, X. no. 248, XIII. no. 216, XV. no. 13, XVII. no. 125, XXVI. no. 116, Entsch. des ROH. Ger. X. no. 18. S. 103 f. — Dies ist auch gegenüber dem allgemein sprechenden Preuß. Landr. (N. 31) anzunehmen, Preuß. O. Trib. bei Goldschm. Ztschr. XVII. S. 209.

[35]) Vgl. darüber Regelsberger civilrechtl. Erörter. S. 128 ff., Degenkolb der Begriff des Vorvertrages Freib. 1871 und dazu Göppert in d. krit. Viertelj. Schr. XIV. S. 400 ff., Dernburg II. S. 96 f.

verabredeten Form ausgefertigten Vertragsinstrument die Punktation gegenüberzustellen, d. h. die schriftliche Aufzeichnung, welcher nach Inhalt oder Form etwas fehlt. Bei der Vieldeutigkeit des Ausdrucks lassen sich keine festen Regeln über die juristische Bedeutung einer Punktation aufstellen[36]:

a) Eine Niederschrift, bei welcher man nur beabsichtigt, dasjenige, worüber man sich bisher geeinigt hat (Traktaten), zu übersehen und zu fixiren, ist ohne juristische Kraft[37]).

b) Sind in die Punktation alle wesentlichen Punkte des Vertrages aufgenommen und bedürfen nur noch Nebenpunkte der Vereinbarung, so kann möglicherweise die Punktation bindende Kraft haben, indem die Contrahenten beabsichtigten, daß die gesetzlichen Bestimmungen eintreten sollen, falls über die Nebenpunkte keine vertragsmäßige Einigung erfolgt. Ebenso gut kann aber auch die Intention der Parteien dahin gehen, daß bevor nicht auch über die Nebenpunkte eine vertragsmäßige Uebereinkunft stattgefunden hat, der Vertrag keine bindende Kraft hat[38]).

c) Soll der Vertrag in einer besonderen Form abgeschlossen werden und haben die Contrahenten sich völlig über seinen Inhalt geeinigt und ihn in einer beiderseits vollzogenen Urkunde verzeichnet, so bestimmen die Gesetze, daß Jeder von ihnen auf die Nachholung der Form, resp. auf Ausfertigung einer förmlichen Urkunde klagen könne[39]). Doch kann dies nur da gelten, wo nicht die Gül-

---

[36]) Regelsberger S. 134 ff., Degenkolb S. 48, Thöl § 247, Windscheid § 310.

[37]) Preuß. Ldr. I. 5. § 125.

[38]) Diese letztere Eventualität ist nicht ausreichend beachtet im Sächs. GB. 827, Dresdener Entw. art. 82, wo für die erste Möglichkeit präsumirt wird; vgl. auch Schweizer Obl. R. art. 2. Auch kann ich nicht Thöl § 247 3. beitreten, daß die zweite Möglichkeit nur anzunehmen sei, wenn dies „besonders vereinbart" sei. Vgl. auch Degenkolb S. 27 f.

[39]) Preuß. Ldr. I. 5. § 120—123, 126, I. 10. § 17. — Alte Preuß. Hyp.O. II. § 62: „unter den Contrahenten selbst behält ein solcher Privatkontrakt dennoch seine Wirkung; dergestalt, daß auf selbigem Einer gegen den andern auch auf die Errichtung des förmlichen Instruments darüber, als einen Theil der Erfüllung des Contrakts klagen kann". — Oestr. GB. § 885, Zürich. GB. § 915, Meckl. VO. v. 1. Juni 1847 § 2 (Kraut § 123. 4). Vgl. auch Sächs. GB. § 827, Hannov. Ges. v. 16. Dez. 1843 § 6 (Kraut no. 7). — Beseler § 103 III. c.

tigkeit und Klagbarkeit des Vertrages unbedingt von der Beobachtung der betreffenden Form abhängig sein soll[40]); denn dann ist allerdings die Vertragsschließung selbst vor die formelle Ausfertigung zu verlegen und kann auf die Nachholung der Form als auf eine vertragsmäßige Leistung geklagt werden[41]).

XI. Nach deutschem Recht kann aber die Schrift noch eine andere Bedeutung für die Entstehung und den Bestand einer Obligation haben. Nach der bisherigen Betrachtung sollte durch die Schrift ein Beweismittel für den bestehenden Vertrag gewonnen oder der gegenseitige Consens konstatirt werden, um den Vertrag entstehen zu lassen. In dem letzteren Fall ist, nachdem einmal der Vertrag entstanden ist, der weitere Bestand der Obligation von der Existenz der Urkunde unabhängig, falls es nur feststeht, daß die Schrift einmal angefertigt worden ist.

Die Schrift kann aber auch noch von intensiverer Kraft sein, nicht bloß für die Entstehung oder den Beweis der Forderung, sondern auch für ihren Bestand; dies ist der Fall bei den sg. Skripturobligationen[42]), welche ohne die Skriptur nicht gedacht werden können, bei denen die Skriptur nicht bloß zum Wesen des Geschäfts und zur Herstellung der Obligation, sondern auch zu ihrer Geltendmachung gehört. Sie sind eine dem römischen Rechte fremde Erscheinung, welche ihre Wurzel im Mittelalter hat[43]) und in der spätern Zeit in weitverzweigten Gestalten ausgebildet worden ist:

---

[40]) Schweizer Obl. R. art. 9, 14.

[41]) Eichhorn § 94, Thöl § 247 S. 196. — Dann wird die Klage auf Nachholung der Form nicht gewährt „aus einem pactum de contrahendo, sondern aus dem (gewollten und erklärten) Hauptvertrag und sie geht nicht auf contrahere, sondern auf die in den Hauptvertrag hineingelegte Nebenverpflichtung, eine cautio, d. h. ein die Rechtsverfolgung dereinst sicherndes Hülfsmittel zu gewähren", Degenkolb S. 46 f.

[42]) Vgl. über sie besonders Kuntze Obligation und Singularsuccession S. 255 ff., Inhaberpapiere S. 462 ff., in Goldschm. Ztschr. II. S. 570 ff., besonders S. 583 ff., VI. S. 1—40, im Arch. f. Wechselrecht VIII. S. 345 ff.

Insofern solche Papiere vielfach für den Umsatz bestimmt sind, spricht man von Handels- oder negociabeln Papieren (Thöl § 214), insofern nach ihnen künftig eine Leistung erfolgen soll, von Creditpapieren.

[43]) Zur Geschichte der Skripturobligationen vgl. Brunner in Goldschm. Ztschr. XXII. S. 59 ff., welcher aus fränkischen und italienischen Urkunden zahl-

Inhaberpapiere, der Wechsel, die sonstigen Ordrepapiere, aber auch einzelne Forderungen mit benanntem Gläubiger, welche im regelmäßigen Wege durch Cession übertragen werden (Rektapapiere)[44].

Diese Papiere sind Präsentationspapiere, indem gegen sie zu leisten ist[45], sie sind die Träger der Obligation, in ihnen ist die obligatorische Verpflichtung verkörpert[46]. Sie sind nicht durch das Zusammenwirken zweier Contrahenten hergestellte Vertragsinstrumente, sondern von dem Verpflichteten einseitig ausgestellte Urkunden, welche der Berechtigte zur Geltendmachung seiner Forderung erhalten hat.

Dem reinen Wesen der Skripturobligation entspricht es, daß die Forderung nur so lange besteht, als das Papier vorhanden ist, daß der Gläubiger sein Recht nur mit dem Papier in der Hand fordern kann, daß die Urkunde für ihn nicht bloß Beweismittel, sondern auch Erforderniß für die Geltendmachung seines Rechts ist,

---

reiche Belege dafür beibringt, daß gegen eine Urkunde geleistet werden sollte und daß der Gläubiger bei der Leistung die Urkunde zurückzugeben hatte. — Vgl. auch oben II. § 104. 3 und unten § 179.

[44]) Gareis in Busch Archiv XXXIV. S. 103 will auch das Kreditgeld (Papiergeld und Scheidemünze) hieher zählen; er charakterisirt das ganze Genus als „Beweisurkunden, welche zugleich Werthträger (formelle Werthträger eines Forderungsrechts . . . .) sind". Dem Einwande, daß das Papiergeld keine Beweisurkunde ist und der Besitzer aus demselben kein Forderungsrecht hat, sucht Gareis S. 107 durch die Bemerkung zu begegnen, es sei eine Urkunde über ein Rechtsgeschäft, nämlich über „die die Wiederannahmeverpflichtung erzeugende Emission".

[45]) Brunner a. a. O. S. 60 ff.

[46]) v. Gerber § 161: die Schrift ist der alleinige Träger des verpflichtenden Willens, der verkörperte Wille des Schuldners, der sonst nirgends, der nur in ihr vorhanden ist; v. Savigny Obl. R. II. S. 99 f. — Siegel S. 111 N. 4 hebt mit Recht hervor, daß nicht die Obligation oder das Forderungsrecht, sondern das Schuldversprechen in der Urkunde verkörpert sei. — Kuntze Inh. P. S. 282, welcher sich gegen den Ausdruck Verkörperung erklärt, gebraucht ihn doch in andern Arbeiten, z. B. in Goldschm. Ztschr. II. S. 588 — Thöl, nach welchem die Inhaberpapiere Beweisurkunden sind, welche die leichte Legitimationsnachweisung bezwecken, greift § 225, N. 2, 3 die Auffassung von der Verkörperung des obligatorischen Willens an, weil im modernen Recht die Forderung nicht durch Vernichtung des Papiers erlischt. In der That ist dies aber der Fall und es bedarf eines positiven Rechtssatzes, wenn das Gegentheil gelten soll.

daß er die Erfüllung nur dem Inhalt des Papiers entsprechend fordern und sein Recht nur zugleich mit der Urkunde übertragen kann, daß durch Leistung ohne Rückempfang oder Vernichtung des Papiers nicht durchweg die Obligation als erfüllt erscheint, daß der Besitz der Urkunde in der Hand des Schuldners ihm den Beweis der Erfüllung sichert u. s. w. Der Schuldner hat nicht die Leistung dem Gläubiger zu übermitteln, sondern wartet dessen Aufforderung durch Präsentation ab (sg. Holschulden) und geräth nicht schon durch den Eintritt des Leistungstermins, sondern erst durch Nichtleistung nach erfolgter Präsentation in Verzug.

Wo das Prinzip strenge durchgeführt ist, erlischt die Obligation mit der Aushändigung, Cassation[47]) oder Vernichtung des Papiers, welches ihr Träger ist; sie kann weder ohne das Papier geltend gemacht, noch kann der Schuldner genöthigt werden, wenn die ursprüngliche Urkunde verloren gegangen ist, durch Ausfertigung einer neuen Urkunde die Obligation wieder in das Leben zurückzurufen[48]).

Doch sind diese Grundsätze aequitatis causa in alter[49]) und

---

[47]) Es war im Mittelalter Gebrauch die Schuldurkunde bei ihrer Rückgabe zu zerreißen oder zu zerschneiden oder durch einen besonderen Vermerk (cassatura) zu entkräften, Brunner in Goldschm. Ztschr. XXII. S. 30, 77 ff.; oder sie blieb auch entkräftet (cancellata) beim Gläubiger, z. B. Urk. v. 1358 bei Amiet Geldwucherer in der Schweiz. S. 181 N. — Auch kommt es häufig vor, daß der Gläubiger bei Empfang der Leistung eine Quittung ausstellt und erklärt, daß fernerhin die Urkunde — welche er wohl nicht zurückgeben kann, — ohne alle Kraft sein soll, sg. Mortifikationsscheine, epistolae evacuatoriae; Belege aus fränkischer Zeit bei Brunner S. 80 ff.; aus späterer Zeit z. B. Urkk. aus Freiburg in der Schweiz: a. 1357 quum si reperiretur littera, quod nullius sit valoris, ähnlich von 1356 und 1359 bei Amiet S. 163, 169, 176 f., 180 N. 2, 228 f.; vgl. auch Platner im Arch. f. civ. Pr. XLII. S. 143 ff. und die ital. Urkunde v. 1273 bei Lastig in Goldschm. Ztschr. XXIII. S. 177. — Eine Quittung mit dem Versprechen später die Urkunde selbst zu geben, Lichnowsky Gesch. des Hauses Habsburg. VI. p. CL no. 1625 a. 1452.

[48]) Eine Augsburger Willkür v. J. 1339 (Stetten G. v. Augsb. I. 1743 S. 98) bestimmt, daß wem sein Leibrentenbrief durch Brand oder sonst verloren gegangen ist, vom Schuldner nichts mehr fordern kann.

[49]) Ruprecht v. Freis. II. 53: der Verlierer der Urkunde kann den Schuldner, wenn derselbe ihn nicht als Gläubiger anerkennen will, überführen mit dem, der jm dy hantvest gebn hat, d. h. mit seinem Auktor.

neuerer Zeit durchbrochen worden. Besonders wurde ein Amortisationsverfahren ausgebildet, um demjenigen, welcher ohne die Forderung aufzugeben, das Papier nicht besitzt, weil es untergegangen oder ihm abhanden gekommen ist, unter Todterklärung der Urkunde, falls sie ein anderer besitzen sollte, zur Leistung zu verhelfen. So kommt es schon im Mittelalter vor, daß, wenn der Gläubiger die Urkunde, einen Rentenbrief, einen Wechsel verloren hat oder nicht auffinden kann, der Schuldner gegen eine Quittung des Gläubigers die Forderung bezahlt oder eine neue Urkunde ausstellt und daß von dem Gläubiger oder von Gerichtswegen die alte Urkunde für kraftlos erklärt wird[50]). Ging der Gläubiger das Gericht um die Amortisation an, so erfolgte dieselbe entweder nach einfacher Behauptung des Verlustes von Seiten des Glänbigers, oder es wurde zuvor der etwaige Inhaber der Urkunde aufgefordert sich mit derselben zu melden und erst, wenn sich Niemand meldet, die alte Urkunde für unkräftig erklärt[51]). In der Gegenwart ist die Amortisation verlorener Urkunden und der Zwang gegen den Schuldner zur

---

[50]) Oben N. 47. Tomaschek Iglauer Oberhof S. 72 § 66, Höpken im Bremer Jahrb. VI. S. 289 N. 90, Lörsch und Schröder Urkk. no. 191, Wyß in d. Ztschr. f. schweiz. R. IX. S. 41 f., Stobbe in Goldschm. Ztschr. VIII. S. 38 ff., Urk. v. J. 1404 bei Lichnowsky Gesch. des Hauses Habsburg V. p. LVI. no. 601.

[51]) Vgl. Höpken S. 194, 298 ff. und Tomaschek Igl. OHof S. 152 ff. Gelegentlich mag erwähnt werden, daß auch noch zu einem andern Zweck im Mittelalter das Amortisationsverfahren ausgebildet wurde: wenn ein Schuldner, besonders der Erbe nach dem Antritt der Erbschaft vor Gericht erklärte, alle von ihm, resp. dem Erblasser ausgestellten Schuldurkunden bezahlen zu wollen, wurden die Gläubiger aufgefordert, ihre Urkunden binnen bestimmter Zeit vorzubringen, widrigenfalls dieselben ungültig sein sollten; durch dies Aufgebotsverfahren, welches besonders bei veräußerlichen Urkunden angebracht war, in Betreff deren der Schuldner nicht wissen konnte, wer sie jetzt inne hätte, wurde eine kurze Verjährung der betreffenden Forderungen bewirkt. Vgl. darüber Luschin in der Ztschr. f. R. G. XII. S. 46—80, welcher dies Verfahren in Oestreich seit 1388, in Steiermark seit 1426 nachweist und annimmt, daß es zunächst für Forderungen der Juden angeordnet sei. Für den Fall der Judenforderungen enthält eine derartige Vorschrift auch das Steiermärkische Landr. art. 246 (Bischoff S. 172 f.). Formulare für ein solches allgemeines Aufgebotsverfahren bei Bischoff S. 183—185 no. 19, 20 und dazu dessen Exkurs S. 185—190.

Ausstellung einer neuen Urkunde nur da zulässig, wo sie durch die Rechtsordnung positiv anerkannt sind[52]).

§ 174. Bestärkung der Obligationen.

War im alten Recht der einfach ausgesprochene Consens nicht hinreichend gewesen, um eine Verpflichtung zu begründen und forderte man Symbole oder feierliche Formen der Willenserklärung (§ 165), so behielt man später ohne rechtliche Nothwendigkeit freiwillig feierliche Formen bei, um die Ernstlichkeit des Willens auszudrücken. Auch suchte der Gläubiger seine Stellung durch Verabredung besonderer vermögensrechtlicher[1]) oder persönlicher Nachtheile[2]) zu sichern und stärken, welche den Schuldner im Falle der Nichterfüllung treffen sollten; oder es verpflichteten sich mit dem Schuldner noch andere Personen für die Erfüllung oder es wurden dem Gläu-

---

[52]) Ueber die Amortisation indossabler Papiere Wechsel-O. art. 73, HGB. art. 301, 302, 304, 305; über die der Inhaberpapiere vgl. unten § 180. 8.

[1]) Ueber das vertragsmäßig eingeräumte Pfändungsrecht vgl. oben I. § 70 S. 488 f.; über die Gestattung Geld „auf Schaden aufzunehmen" vgl. unten § 182 N. 6.

[2]) Dahin gehörte die seit dem 12., besonders aber vom 13. bis 16. Jahrhundert sehr häufige Verabredung des Einlagers (obstagium), wonach der Schuldner im Fall seiner mora allein oder mit Begleitern sich in freiwilligen Personalarrest begeben, in ein bestimmtes Haus (besonders eine Herberge) „einreiten" und dort so lange auf eigne Kosten leben und verweilen will, bis dem Gläubiger für seine Forderung völlig genüge geschehen ist; vgl. Stobbe z. G. des d. Vertragsrechts 1855 S. 178—206, Neumann Wucher S. 125 ff., Ernst Friedländer das Einlager 1868, Löning Vertragsbruch 1876 S. 239 ff., 424 ff., 427 ff., 449, Le Fort l'otage conventionel d'après des documents du moyen âge. Paris 1874 (aus der revue de législation française et étrangère). Das älteste mir bekannte deutsche Beispiel ist die Urkunde bei Beyer Urk. B. II. no. 61 v. J. 1182 (auch bei Friedländer S. 156), in Frankreich kommt das Einlager schon am Ende des 11. Jahrh. vor, Le Fort p. 6. — Durch den Reichsabschied von 1577 art. 17 § 10 wurde es abgeschafft, aber im Westphäl. Frieden VIII. § 5 und im Reichsabschied v. 1654 § 170 für Holstein noch zugelassen. Ueber die gesetzlichen Bestimmungen daselbst vgl. v. Stemann II. S. 276 f. und Paulsen § 121, 123, 124. Daß es in Holstein noch gelte, läßt sich mit v. Gerber § 165 N. 1 nicht behaupten, vgl. auch Paulsen § 121 a. E.

diger bei Eingehung der Obligation Vermögensstücke des Schuldners in die Hand gegeben oder angewiesen, an die er sich bei Nichterfüllung des Schuldners halten durfte. Indem wir für die Bürgschaft und die Verpfändung auf andere Stellen des Systems verweisen, und dasjenige, was heute antiquirt ist, nur kurz berühren, heben wir von den Bestärkungsmitteln einzelne ausführlicher hervor[3]).

I. Der Verpflichtete verspricht mit besonders feierlichen Worten[4]), bei seiner Treue und Standesehre (fide militari data)[5]), er will, wenn er die Verbindlichkeit bricht, seine Ehre und das Vertrauen verlieren, er will von Freunden und Verwandten verlassen sein, von seinen Vasallen und Untergebenen keinen Beistand und Gehorsam beanspruchen, bei aller Welt als ehrlos, rechtlos und eidbrüchig gelten[6]), ipso jure der Exkommunikation und weltlichen Acht verfallen[7]), es dulden, daß die unfromme That an Kirchenthüren und Rathhäusern bekannt gemacht, sein Name an Galgen und Rad angeschlagen[8]), daß er durch Schandgemälde und Spottgedichte beschimpft werde[9]), daß man ihn überall gefangen nehme[10]) u. s. w.

---

[3]) Ueber das geschichtliche Stobbe Vertragsrecht. S. 25—56.

[4]) Auf den Handschlag gehe ich hier nicht ein. War derselbe in früherer Zeit ein Mittel um den Consens zu erklären und war ursprünglich ein Vertrag nur bindend, wenn ein Symbol überreicht oder wenigstens die Hand gereicht war (vgl. Stobbe in d. Ztschr. f. RG. XIII. S. 222 N. 24), so ist er später nur ein zur mündlichen, an sich ausreichenden Erklärung hinzutretendes Zeichen des bestehenden Consenses ohne besondere Wirkung.

[5]) Urk. v. 1394 bei Hirsch Danzig. Handelsgeschichte S. 235 N. 983: per fidem nostram christianam et honorem nostrum militarem.

[6]) Zusammenstellungen bei Stobbe S. 26 ff., Hillebrand Entziehung der bürgerl. Ehre S. 40 N. 70, Löning S. 225 N. 25, 514 ff., auch S. 429, Sickel Bestrafung des Vertragsbruchs 1876 S. 26 ff.

[7]) Löning S. 237 N. 15, 528 f.

[8]) Kraut § 124 no. 5, Grimm RA. S. 612 f., Gengler Lehrbuch S. 198 f., Löning S. 517 N. 7, Sickel S. 29 N. 119—121.

[9]) Brunquell de pictura famosa et de specie juris germanici, pacto nimirum, quo majores nostri sub pictura famosa, Bey Straffe Schandgemähldes sese obligarunt Jenae. 1733. 4°, auch in s. opuscula ad historiam et jurisprudentiam spectantia p. 753 ff., besonders p. 785 ff.; p. 797 sind einzelne auf diesen Gebrauch bezügliche Urkunden des 16. Jahrh. abgedruckt.

[10]) Brünner Schöffenb. c. 609. — Das Versprechen, man wolle sich bei Bruch des Vertrages köpfen lassen (Lörsch und Schröder Urkk. no. 138 [113]), wird für wirkungslos erklärt, Brünner Schöffenb. c. 610.

Der Bruch eines in dieser Weise bestärkten Versprechens hatte weniger juristische als soziale Folgen, indem der Schuldner des Vertrauens in seinem Kreise verlustig ging, an seiner Ehre gekränkt war, möglicherweise von seiner Genossenschaft ausgeschlossen wurde[11]). Bisweilen wurde solchen Zusagen auch von der Gesetzgebung juristische Folge gegeben[12]). Später aber werden Beschimpfungen des Vertragsbrüchigen durch Pamphlete und Schandgemälde partikularrechtlich und reichsgesetzlich verboten[13]).

Die h. z. T. in gewissen Standeskreisen (Offiziere, Beamte, Studenten) gebräuchliche Bestärkung einer Verpflichtung durch Versprechen beim Ehrenwort ist ohne besondere juristische Folgen und wird daher in den Civilgesetzbüchern nicht erwähnt; insbesondere wird ein an sich ungültiges oder klagloses Versprechen nicht dadurch gültig oder klagbar, daß es bei Ehrenwort abgegeben ist. Doch ist der Bruch des Ehrenworts geeignet, um dem Schuldigen in seinem Kreise die volle Rechtsfähigkeit zu entziehen und ihn einer Disciplinarstrafe zu unterwerfen[14]). Da andererseits das Ehrenwort einen moralischen Druck auf den Schuldner ausübt, so ist der Gläubiger mit Strafe bedroht, welcher „in gewinnsüchtiger Absicht und unter Benutzung des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Minderjährigen sich von demselben unter Verpfändung der Ehre, auf Ehrenwort, eidlich oder unter ähnlichen Versicherungen oder Betheuerungen die Zahlung einer Geldsumme oder

---

[11]) Meines Erachtens drückt sich zu bestimmt aus Behrend in Goldschm. Ztschr. XXI. S. 590: „die Wirkung der Verletzung war jedenfalls Rechtlosigkeit". Dafür, daß der Wortbrüchige im strengen Sinne des Worts rechtlos wurde und daß die in Aussicht genommenen Wirkungen überall auch reell eintraten, werden sich schwer die Beweise beibringen lassen.

[12]) Medebacher R. circa 1350 Art. 2 (Seibertz II. no. 718): nemo poterit se obligare sub poena juris sui, quod dicitur Landrecht, ita quod illa obligatio teneat, sive vim habeat, nisi fiat coram judice habente auctoritatem judicandi ad mortem et ad corporis demembrationem. — Freiburger Statt. v. 1520 fol. 95: Wer seine Treue giebt und freventlich und gefährlich ohne ehehafte Ursache bricht, soll an Ehre und Gut gestraft werden; vgl. auch Sickel S. 32.

[13]) Nürnb. Ref. v. 1522 III. § 6 (bei Strafe kein Anschlagen von Briefen und Schriften an dem Rathhaus, an Kirchthüren, dem Stock, Hausthüren u. s. w.) — R. Pol. O. v. 1577 XXXV. § 7 (Kraut § 124 no. 16).

[14]) Z. B. Leipziger Studentenges. § 39 i.

die Erfüllung einer andern auf Gewährung geldwerther Sachen gerichteten Verpflichtung aus einem Rechtsgeschäfte versprechen läßt" [15]).

II. Was wir eben für das feierliche Versprechen im allgemeinen ausgeführt haben, gilt auch für das eidliche Versprechen; dasselbe steht nach alter Rechtsauffassung dem unter Anwendung von Symbolen abgegebenen gleich[16]), der Eid machte den Vertrag verbindlich[17]). Später als die formlose Willenserklärung zur Entstehung der Verbindlichkeit hinreichte, diente der Eid nur zu ihrer Verstärkung. Jetzt mußte es sich fragen, ob auch das an sich ungültige Versprechen durch den Eid verbindlich werde und wie bei Vertragsverletzung der Eidbruch zu behandeln sei.

Zunächst stand es bereits im Mittelalter fest, daß das in Willensunfreiheit[18]) gegebene Versprechen nicht unbedingt verpflichtet und daß der Eid ungültig ist, mit welchem man sich zu einer strafbaren oder unsittlichen Handlung verpflichtet[19]); im übrigen aber sei man an ihn gebunden. Wer sein eidliches Versprechen bricht, war

---

[15]) Reichsstraf-Gb. § 302 (im Anschluß an d. Preuß. Ges. über das unerlaubte Creditgeben an Minderjährige v. 2. März 1857); vgl. auch § 301.

v. Gerber § 165 N. 1 sagt in Uebereinstimmung mit vielen Andern: „eine Verpflichtnng auf Ehrenwort hat h. z. T. nur noch die Wirkung, daß der nicht zahlende Schuldner die Bekanntmachung der Thatsachen dulden muß, vorausgesetzt daß die Form nicht beschimpfend ist". Ich kann das nicht als eine juristische Wirkung des Ehrenwortbruchs ansehen; ganz dasselbe könnte man auch als Wirkung der Lüge, des unmoralischen Handelns und des Verbrechens überhaupt bezeichnen. Denn nach dem Strafgesetzbuch ist zulässig die Verbreitung einer wahren Thatsache mit Rücksicht auf einen Andern, „welche denselben verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet ist", falls nicht „das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Behauptung oder Verbreitung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht", § 192 vgl. mit § 186. — Ueberdies ist eine öffentliche Bekanntmachung des Ehrenwortbruchs ohne Beleidigung kaum denkbar.

[16]) Das in treuen geloben bedeutet oft „eidlich geloben" oder steht dem gleich; vgl. z. B. Sächs. Ldr. III. 41. § 2, 3; fidem servare = jurare c. 9 X. II. 24. — Sohm Prozeß der L. Salica S. 118 N. 3, Löning S. 521, Sickel S. 28 N. 98, vgl. auch Gail observ. I. no. 17.

[17]) Sohm Eheschließung S. 48 N. 48, 49.

[18]) Z. B. in der Gefangenschaft, vgl. Sachsensp. III. 41. § 2, 3.

[19]) Rupr. v. Freis. II. 77.

nach vielen Rechten mit den Strafen des Meineids, nach andern nur mit leichteren Strafen (Geldstrafen) bedroht[20]).

Dieser Rechtsauffassung kam das kanonische Recht entgegen, welches die Heiligkeit des Eides betont: man muß den Eid halten, nisi tale sit, quod servatum vergat in interitum sulutis aeternae[21]). Die weitere kanonistische Doctrin entwickelte kasuistische Grundsätze darüber, wann man einen Eid nicht zu halten brauche und wie man sich von der Sünde, welche im Bruch des promissorischen Eides liege, zu reinigen habe[22]); auch an sich ungültige Rechtsgeschäfte würden durch juramenta sine vi et dolo sponte praestita rechtsverbindlich und nur der Eid contra bonos mores habe keine Kraft[23]). Die Kirche befand sich in der Lage ihre Prinzipien zur Geltung zu bringen, weil sie die von ihr in Anspruch genommene Gerichtsbarkeit über eidlich bestärkte Rechtsverhältnisse vielfach auch handhabte[24]). Da nun auch nach Römischem Recht in einzelnen Fällen, besonders wenn es sich um Verpflichtungen geschlechtsreifer Minderjähriger handelt, durch den Eid eine an sich unwirksame Verpflichtung bindend wird[25]), so wurde in der gemeinrechtlichen Praxis der Satz vertheidigt, daß Versprechen, wenn sie nur nicht direkt verboten sind, durch den Eid verbindlich werden.

Im neueren Recht aber hat das Prinzip nur für einzelne Fälle Anerkennung behalten[26]), und gilt im allgemeinen der umgekehrte Satz, daß ein an sich unverbindliches Geschäft durch den

---

[20]) Löning S. 521—524, Sickel S. 24—26.

[21]) c. 8 X. II. 24; c. 9 eod.

[22]) Stobbe Vertragsrecht S. 29 f.

[23]) c. 28 X. II. 24; c. 2 in VI[to] II. 11; c. 58 in VI[to] V. 12.

[24]) Richter Kirchenrecht § 206 N. 16, § 207 N. 7.

[25]) L. 1 C. II. 28, eine Bestimmung, welche durch die Auth. Frider. „Sacramenta" dahin fixirt wurde, daß man nur die per vim aut justum metum erzwungenen Eide nicht zu halten brauche.

[26]) Eidliche Erbverzichte sollen nicht wegen später eintretenden Reichthums dessen, auf dessen Erbschaft man verzichtet hat, eidliche Verträge nicht wegen laesio enormis angefochten werden; vgl. auch Meckl. VO. v. 1780: die Erklärung einer Frau, welche der Zuziehung eines Curators bedurft hätte, ist auch ohne diese Form gültig, wenn sie eidlich bekräftigt ist. Vgl. auch die Lehre von der Bürgschaft der Frauen (§ 192 N. 44 ff.), von der Handlungsfähigkeit der Minores (I. § 40 IV. 4) und von der Gültigkeit der Erbverzichte (V. § 313. 4, § 314 I. 4).

Eid keine Rechtskraft erlangt. Das Preuß. Landrecht I. 5. § 199 sagt: „durch eidliche Bestärkung erhält kein Vertrag mehrere Kraft, als ihm die Gesetze schon an sich beilegen" und ebenso bestimmen die andern Partikularrechte[27]). Ja es wird sogar die eidliche Bestärkung verboten[28]) und unter Umständen derjenige bestraft, welcher sich von seinem Schuldner einen Eid leisten ließ[29]). Nirgends wird die Verletzung eines derartigen promissorischen Eides dem Meineide gleichgestellt oder überhaupt mit kriminellen Strafen bedroht[30]).

III. Ursprünglich wurde ein Vertrag dadurch perfekt[31]), daß der Eine dem Andern ein Symbol (festuca, wadium) oder eine werthvollere Sache (arrha) zum Zeichen seiner Verpflichtung auslieferte[32]), oder falls ihn der Vertrag zu einer späteren Geld-

---

[27]) Holstein'sche VO. v. 1758 bei Falck IV. S. 25 f. N. 46. — Haubold § 277 N. d. — v. Wächter II. S. 773 f., Reyscher I. § 121 N. 5 ff. — Hannov. VO. v. 28. Dez. 1821 (Grefe II. S. 407): der eidliche Verzicht auf ein Erbrecht und auf die weiblichen Rechtswohlthaten wird verboten; alle nicht vor Gericht oder vor einem Notar abgeleisteten Eide sind wirkungslos; auch der gerichtliche Eid macht ein unwirksames Rechtsgeschäft nicht gültig. — Meckl. VO. v. 31. März 1800, Ges. v. 16. Mai 1863 § 1. — Oldenb. Ges. v. 3. Juni 1864. — Vgl. auch Windscheid § 83[a] N. 6, Richter Kirchenr. § 261 N. 17.

[28]) Z. B. Baden'sches Landr. Art. 1357[a].

[29]) Preuß. Ldr. II. 20. § 1425, Reichs-Str. GB. § 302 (oben bei N. 15).

[30]) Das Strafgesetzbuch erwähnt gar nicht den promissorischen Eid.

[31]) Nur beiläufig gedenke ich des Weinkaufs (Litkaufs), dessen Bedeutung in ähnlicher Weise wie die der arrha gewandelt hat (vgl. Stobbe Ztschr. f. RG. XIII. S. 231 ff.; auch oben § 165 1 b). Ursprünglich wurde das Rechtsgeschäft in formeller Weise dadurch perfekt, daß es vor besonders zugezogenen Zeugen (Weinkaufleute, Litkaufleute) abgeschlossen wurde und daß nach dem Abschluß die Contrahenten und Zeugen zu gemeinschaftlichem Mahl oder Trunk beisammen blieben: das gemeinschaftliche Mahl war das Zeichen für den vorhandenen Consens. Später wird der Vertrag durch formlose Consenserklärung perfekt und tritt der Weinkauf zu dem fertigen Contrakt hinzu (vgl. auch Behrend in Goldschm. Ztschr. XXI. S. 592); er ist jetzt dadurch von Bedeutung, daß für den Fall des Streits der Inhalt des Vertrages durch die Weinkaufleute bewiesen werden kann.

Für die Gegenwart ist der Weinkauf ohne besondere rechtliche Bedeutung; am längsten scheint er sich in Würtemberg erhalten zu haben, vgl. Reyscher II. § 414.

[32]) Vgl. Stobbe Vertragsrecht S. 50 ff., in der Ztschr. f. RG. XIII. S. 221 ff., 240 ff., v. Jagemann die Daraufgabe (arrha) 1873 S. 4 ff., Siegel

zahlung verpflichtete, ihm schon beim Abschluß eine vorläufige Anzahlung als theilweise Erfüllung machte (Angeld, Haftgeld). . Später, als der Vertrag bereits durch den Consens selbst perfekt wurde, blieb die Sitte noch bestehen, daß der Eine dem Andern beim Abschluß eine arrha übergab oder ein Angeld zahlte: diese Gabe ist jetzt nicht mehr Erforderniß der Willenserklärung, sondern dient nur dazu den bereits wirksam erklärten Consens erneut zu bethätigen und jeden Zweifel an dem Vorhandensein des Vertrages auszuschließen. Sie ist jetzt nur Bestärkung des Vertrages und hat dieselbe Bedeutung, wie die arrha im Römischen Recht. Nur vereinzelt hat sich bei der Gesindemiethe die Auffassung des älteren Rechts erhalten, daß der Vertrag nicht schon durch nudus consensus, sondern erst durch Hingabe einer arrha, des Miethgeldes perfekt wird[33]). Regelmäßig gilt das gezahlte Angeld als theilweise Erfüllung und es ist auf die später zu machende Zahlung einzurechnen, oder es ist die arrha, wenn sie nicht in Geld bestand, bei der Erfüllung von dem Empfänger zurückzugeben[34]).

Vereinzelt galt im Mittelalter und in der Receptionszeit das Haftgeld als arrha poenitentialis, als Reugeld, (Wandelpön): innerhalb bestimmter Zeit konnte derjenige, welcher sie gegeben hat,

---

Versprechen S. 26 ff. — Haftgeld, Haftpfennig, Gottespfennig, Heiligergeistpfennig, denarius Dei, denarius sancti spiritus. Wie dies auch die Namen zum Theil andeuten, wird die Gabe bisweilen nicht an den andern Contrahenten, sondern an die Kirche oder die Armen gegeben; vgl. Stobbe in der Ztschr. a. a. O. S. 222 N. 22. — Mit dieser Sitte hängt auch wohl die Bestimmung (Steinacker S. 239 N. 1) zusammen, daß bei letztwilligen Verfügungen und Contrakten über Immobilien etwas an milde Stiftungen (und zu den Wegen) geschenkt oder vermacht werden soll; vgl. auch V. § 300 N. 10.

Ueber die nach älterm Recht geltende Möglichkeit doch noch von dem Vertrage zurückzutreten, wenn man sofort nach Abschließung desselben die arrha dem andern Contrahenten zurückgiebt, Stobbe in d. Ztschr. a. a. O. S. 227 f. — Neuere Partikularrechte bestimmen im Andenken an derartige Gebräuche, daß kein Contrahent durch Rückgabe des Angelds sich befreien könne, Preuß. Ldr. I. 5. § 210 vgl. mit II. 5. § 45, 46; Baier. Ldr. IV. 1. § 11.

[33]) Vgl. Stobbe in d. Ztschr. f. RG. XIII. S. 230 f. und unten § 187 N. 10 ff.

[34]) Preuß. Ldr. I. 5. § 206, 207, 219, Sächs. GB. § 894, Dresd. Entw. art. 119, HGB. art. 285 Abs. 2. Anders nach Würt. R. Reyscher II. § 413 N. 6 und nach dem Schweizer Obl. R. art. 178 Abs. 2.

gegen ihre Aufopferung und derjenige, welcher sie empfangen hat, gegen ihre doppelte Restitution zurücktreten[35]). In sehr geringem Umfange hat es auch gegenwärtig noch den Character des Reugeldes[36]); wo kein derartiges Gesetz oder festes Gewohnheitsrecht besteht, darf für diese Natur nicht präsumirt werden[37]).

IV. Schon in alter Zeit wurden in die Verträge häufig Bestimmungen darüber aufgenommen, daß der Schuldner, wenn er gar nicht oder nicht rechtzeitig oder ungenügend erfüllt, dem Gläubiger eine Privatstrafe, Conventionalstrafe erlegen soll. Schloß man sich dabei oft an Bestimmungen des positiven Rechts an, welches unter römischem Einfluß den Contraktbruch mit der poena dupli belegte, so kommen doch auch Verabredungen vor, welche einen rein vertragsmäßigen Charakter haben und die Höhe der zu erlegenden Strafe willkürlich normiren, also Conventionalstrafen sind[38]). Solche Verabredungen waren darum von besonderer Wich-

---

[35]) Goldschmidt in s. Ztschr I. S. 391 ff., Siegel Versprechen S. 33 ff., Stobbe a. a. O. S. 251 ff.

[36]) Nachweise bei Paulsen § 90, Siegel S. 38 N. 28; ganz besonders C. civ. 1590, vgl. auch v. Jagemann S. 141 ff.

[37]) Ausdrücklich bestimmen Katzenelnb. LdesO. I. 4. § 3, Preuß. Ldr I. 5. § 210, 211, Oestr. Ldr. § 908, Sächs. GB. § 893, HGB. art. 285 Abs. 1, Schweiz. Obl. R. art. 178 Abs. 1, daß die arrha kein Reugeld sei; vgl. auch Baumeister I. S. 62. — Aber vertragsmäßig kann die Wandelpön verabredet werden, Sächs. Decis. 16 v. J. 1746, Preuß. Ldr. I. 5. § 212—216, Oestr. GB. § 909—911, Sächs. GB. § 896, 897, HGB. art. 285 Abs. 1, Dresd. Entw. 122, Schweiz. Obl. R. art. 178 Abs. 3. Doch darf das Reurecht nur so lange ausgeübt werden, als nicht von einer Seite mit der Erfüllung bereits der Anfang gemacht ist.

In den Partikularrechten finden sich noch Anklänge an das alte Reurecht: wird der Vertrag durch Schuld einer Partei nicht erfüllt, so kann die schuldlose Partei, wenn sie nicht Schadensersatz fordern will, das empfangene Angeld behalten oder den doppelten Betrag der von ihr gezahlten Summe fordern, Oestr. GB. § 908, Sächs. GB. § 895, 898, Dresd. Entw. art. 120. — Das Preuß. Ldr. I. 5. § 218, Sächs. GB. § 896 und der Dresd. Entw. art. 121 bestimmen, daß wenn durch Schuld des Gebers der Arrha der Vertrag zurückgeht, er seine Arrha verliert.

[38]) Ueber das Recht der ältesten Zeit Löning Vertragsbruch S. 76 ff., welcher aber den letzten Punkt verkennt und überall nur eine Wiedergabe des objektiven Rechts annimmt. — Vgl. im übrigen auch L. Liutpr. 107 und für das westgoth. Recht Dahn Studien S. 82 f. — Ueber die Hingabe eines Pfandes,

tigkeit, weil die ältere Zeit keinen gesetzlichen Anspruch auf Verzugszinsen oder Interesse kannte und der Gläubiger, wenn er sich mit der Klage auf nachträgliche Erfüllung nicht begnügen wollte, durch besondere Verabredung sein Interesse sich sichern mußte.

Außer solchen Verabredungen, wonach sich der Schuldner zu einer bestimmten Strafleistung verpflichtete, kommen auch öfter Festsetzungen vor, daß bei mora die Verpflichtung am zweiten, dritten u. s. w. Tage auf das doppelte, dreifache u. s. w. anschwellen solle[39]); oder daß wenn in mehreren Terminen zu leisten ist, der Schuldner, welcher bereits mehrere Leistungen gethan hat, im Falle nachfolgender mora das bisher geleistete verlieren solle und der Gläubiger das bisher empfangene behalten und vom Vertrage zurücktreten oder noch die ganze Leistung fordern dürfe[40]).

Nachdem man aus dem Römischen Recht[41]) die Bestimmung kennen gelernt hatte, daß als Interesse nicht mehr als das Doppelte der obligatorischen Leistung gefordert werden dürfe[42]), übertrug man dieselbe — auch ohne Anhalt in den gemeinrechtlichen Quellen — auf die Conventionalstrafe und gab dem Richter die Befugniß, die Strafe auf den doppelten Betrag des Interesses zu ermäßigen[43]) oder schrieb ihm überhaupt ein Moderationsrecht zu[44]). Bei Darlehen sollte die Conventionalstrafe nicht das höchste Maß der gesetz-

---

welches bei Nichterfüllung verfallen soll, v. Meibom Pfandrecht S. 248 ff., 260 ff.

[39]) Rutscherzins vgl. oben § 136 N. 39 und Sickel S. 52 ff.

[40]) Historisches Detail bei Stobbe Vertragsrecht S. 31 ff., 33 f. Ueber diese cassatorische Clausel auch Neumann Geschichte des Wechsels im Hansagebiet S. 67 f., Wucher S. 123 ff.

[41]) Ueber die Versuche der sächs. Gesetzgebung die Zulässigkeit der Conventionalstrafe einzuschränken vgl. Schletter Sächs. Constitutionen S. 126.

[42]) Windscheid § 258 N. 9.

[43]) Schon nach der L. Wisig. II. 5. 8 soll nur das duplum oder triplum gefordert werden. — Preuß. Lbr. I. 5. § 300, 301, Seuffert XI. no. 224 (Cassel).

[44]) Oestr. GB. § 1336, Zür. GB. § 970, Schweiz. Obl. R. art. 182. — Nach dem C. civ. 1231 besteht ein Moderationsrecht, wenn der Schuldner theilweise die Verbindlichkeit erfüllt hat, während nach gemeinem Recht auch dann die ganze Conventionalstrafe verfallen ist, Windscheid § 285 N. 8.

lichen Zinsen übersteigen[45]). Diese letztere Bestimmung ist allgemein durch das Reichsgesetz v. 14. Novb. 1867 § 1 beseitigt[46]) und auch sonst ist die neuere Gesetzgebung und Praxis geneigt, die früheren Beschränkungen aufzuheben und die Höhe der Strafe lediglich der Uebereinkunft der Parteien zu überlassen[47]). Auch wird die cassatorische Klausel nicht beanstandet[48]).

Im übrigen ist zu bemerken, daß die Verabredung einer Conventionalstrafe dem Gläubiger die Erfüllung sichern soll, aber dem Schuldner nicht das Recht giebt, sich durch ihre Erlegung von seiner Verbindlichkeit zu befreien; sie ist kein Reugeld oder Wandelgeld[49]).

Die Parteien können die Absicht gehabt haben, in der Conventionalstrafe die Höhe des Interesses des Gläubigers zu fixiren; wo dies nicht der Fall ist, darf der Gläubiger auch das darüber hinausgehende Interesse verfolgen, oder hat er mit andern Worten die Wahl, ob er Conventionalstrafe oder Schadensersatz fordern

---

[45]) Preuß. Ldr. I. 5. § 299 vgl. mit I. 11. § 825, 826, Oestr. GB. § 1336, Sächs. GB. § 1430, vgl. auch Zür. GB. § 970.

[46]) „Die Höhe der . . . Conventionalstrafen, welche für die unterlassene Zahlung eines Darlehns oder einer sonst kreditirten Forderung zu leisten sind, unterliegen der freien Vereinbarung. Die entgegenstehenden privatrechtlichen und strafrechtlichen Bestimmungen werden aufgehoben."

[47]) Sächs. GB. § 1430, Dresden. Entw. art. 127, Schweiz. Obl. R. art. 182, Seuffert XXVI. 120 (Celle). — Allgemein für das Handelsrecht HGB. art. 284 Abs. 1: „Die Conventionalstrafe unterliegt keiner Beschränkung in Ansehung des Betrages; sie kann das doppelte des Interesses übersteigen"; vgl. auch art. 220.

[48]) Z. B. HGB. art. 220: es kann im Aktiengesellschaftsstatut bestimmt werden, „daß die säumigen Aktionäre ihrer Anrechte aus der Zeichnung der Aktien und der geleisteten Theilzahlungen zu Gunsten der Gesellschaft verlustig gehen." — Zahlreiche Lebensversicherungsanstalten, Wittwenkassen u. s. w., an welche zum Erwerb eines bestimmten Rechts jährliche Zahlungen zu machen sind, haben die Bestimmung, daß wer mit seinem Beitrag am festgesetzten Termin rückständig bleibt, seine sämmtlichen Ansprüche gegen das Institut verlieren soll. — Wird von der Anstalt die Leistung noch später unbeanstandet entgegen genommen, so gilt die mora als verziehen, Entsch. des ROH.Ger. XIV. S. 431. — Pfeiffer prakt. Ausf. VIII. S. 243 ff. will eine solche statutarische Bestimmung einschränkend interpretiren und nur bei imputabelm Verschulden oder dolus des Pflichtigen zur Anwendung bringen.

[49]) Baier. Ldr. IV. 1. § 11, Preuß. Ldr. I. 5. § 311, 312, Oestr. GB. § 1336, HGB. art. 284 Abs. 2, Schweiz. Obl. R. art. 179 Abs. 3.

will[50]). Wird die Conventionalstrafe durch Verzögerung verwirkt, so wird der Schuldner durch spätere Leistung von der Erlegung der Strafe nicht befreit und liegt in der Annahme der Leistung von Seiten des Gläubigers kein Verzicht auf die Strafe[51]). Doch lassen Partikularrechte durch seine vorbehaltlose Annahme der verspäteten Leistung die Forderung auf die Strafe untergehen[52]).

In wie weit der Gläubiger noch neben der Strafe Erfüllung fordern darf, muß für den einzelnen Fall bestimmt werden; manche Partikularrechte stellen Präsumtionen auf, insbesondere, daß wenn die Strafe für die Nichterfüllung geleistet werden soll, der Gläubiger zwischen der Erfüllung des Vertrages und der Leistung der Strafe die Wahl hat, wogegen, wenn die Strafe wegen verspäteter oder ungehöriger Leistung zu erlegen ist, der Gläubiger die Erfüllung und die Strafe fordern könne[53]).

§ 175. Die Subjekte der Obligationen.

I. Die Erscheinung, welche das Römische Recht in einzelnen Fällen darbietet, daß ein Forderungsrecht nicht gegen eine individuell bestimmte Person, sondern gegen jede Person gerichtet ist, welche

---

[50]) HGB. art. 284 Abs. 3, art. 398, Dresd. Entw. art. 126; vgl. auch Schweiz. Obl. R. art. 180 Abs. 2 und Windscheid § 285 N. 15. Anders Preuß. Ldr. I. 5. § 293: es „findet die Forderung eines höheren Interesses nicht statt", vgl. mit § 294—296; Oestr. GB. § 1336: „anstatt des zu vergütenden Nachtheils;" Sächs. GB. § 1431. — Unzulässig ist es vollen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und die Conventionalstrafe zu forden, Entsch. des ROH.Ger. XIII. S. 425.

[51]) Thöl § 249 N. 11; Seuffert XXVI. no. 226.

[52]) Preuß. Ldr. I. 5. § 306, 307, Sächs. GB. § 1429, Dresd. Entw. art. 125, Schweiz. Obl. R. art. 179 Abs. 2. — Seuffert VI. 171. S. 230, XVI. 206, XIX. 137.

[53]) Sächs. GB. § 1428, 1429; Dresd. Entw. art. 124, 125; Schweiz. Obl. R. art. 179, vgl. auch C. civ. 1228, 1229. — Oestr. GB. § 1336 bestimmt allgemein, daß außer der Strafe die Erfüllung gefordert werden dürfe; Seuffert X. no. 246. — Klage auf Strafe oder auf Erfüllung Seuffert III. no. 38, XXVII. no. 221, Entsch. des ROH.Ger. XVI. S. 163, v. Savigny Obl. R. II. S. 276 ff. — Nachweise aus der Praxis bei Windscheid § 285. 4.

eine gewisse Sache besitzt, wo also das verpflichtete Subjekt durch einen äußerlichen Umstand bestimmt wird[1]), gehört dem ältern und neueren deutschen Recht in weiterem Umfange an[2]). An dieser Stelle ist nur auf die einzelnen Fälle aufmerksam zu machen und deren dogmatische Darstellung in einen andern Zusammenhang zu verweisen, — um so mehr als sich für sie keine allgemeine Theorie aufstellen läßt, sondern die einzelnen Fälle selbst sehr verschiedener Natur sind und auch in den Partikularrechten verschieden normirt werden.

A. 1. Die bekannteste Erscheinung in dieser Hinsicht sind die Reallasten: die Obligation ist hier in die Beziehung zum Grundbesitz gebracht, daß derjenige zur Abtragung der einzelnen Leistung als verpflichtet erscheint, welcher zur Zeit ihrer Fälligkeit der Eigenthümer oder Besitzer des Grundstücks ist[3]). Die Verpflichtung geht nicht auf die Erben des Schuldners als solche über, sondern auf denjenigen Erben, welcher das betreffende Gut erwirbt resp. auf diejenige Person, welche auch ohne Erbe zu sein, das Gut in Nutzung hat.

2. Die Hypothek entwickelte sich im neueren Recht zu einer der Reallast verwandten Obligationen: der Erwerber des mit der Hypothek belasteten Grundstücks haftet mit demselben nicht bloß in subsidium, wenn der ursprüngliche Schuldner nicht zahlt, sondern kann, ohne die exceptio excussionis vorschützen zu dürfen, weil er Eigenthümer des Grundstücks ist, auf Bezahlung der Hypothekenschuld in Anspruch genommen werden[4]). Nach einigen Rechten geht auf ihn überhaupt die persönliche Verpflichtung über[5]).

---

[1]) Windscheid § 291, besonders N. 1, 4, 5, Jhering in s. Jahrbb. X. S. 546 f., 554 ff., 557 ff., Bekker in Goldschm. Zeitschr. IV. 508 f., 510 ff., 532.

[2]) v. Wächter II. S. 304 ff., 393 ff., Unger I. S. 549 f., 556 N. 8, v. Meibom in Bekker's u. Muther's Jahrb. IV. 442 ff. — Unsere Doktrin spricht in diesem Fall von einer actio in rem scripta, v. Wächter II. S. 307 N. 14, S. 397 N. 18 und oben § 66 N. 9, § 89 N. 11.

[3]) Oben II. § 100 ff.

[4]) Oben II. § 108 N. 7, § 109, 113, 114.

[5]) Oben II. § 113 N. 9.

3. Bodmereischulden, welche ihrem Wesen nach lediglich auf dem verbodmeten Gut haften, gehen auf den Erwerber desselben über, falls ihm beim Erwerbe bekannt ist, daß auf dem Gut eine Bodmereischuld haftet[6]). Unter derselben Bedingung geht die Verpflichtung zu den Kosten der großen Havarei und der Bergung beizutragen auf den Erwerber der beitragspflichtigen Güter über[6a]).

B. 4. Gewisse Schulden, welche der Besitzer eines Lehns Bauerguts oder Familienfideikommisses in seiner Stellung als solcher oder im Interesse der faktischen oder rechtlichen Qualität des betreffenden Guts macht, gelten als zur Sphäre des Lehns-, Bauerguts- oder Fideikommißvermögens gehörig[7]). Sie gehen nicht ohne weiteres auf den Universalsuccessor, sondern nur auf den Erwerber dieses Vermögens über, also eventuell auf einen Singularsuccessor, auf den Käufer des Guts, auf den Herren, an welchen das Lehn oder Bauergut zurückfällt[8]).

C. In einer Reihe von Fällen zeigt sich im Mittelalter und in der folgenden Zeit eine große Unentschiedenheit darüber, ob die Obligation nur zwischen den Contrahenten und ihren Erben Wirksamkeit hat, oder sich auch auf dritte Personen erstreckt, welche diejenige Sache erwerben, mit Bezug auf welche die Obligation entstanden ist.

5. Vereinzelt galt das Kaufgeld, welches der Käufer eines Hauses seinem Verkäufer schuldete, als eine auf dem Hause ruhende Last, welche mit demselben auf einen neuen Erwerber übergeht, so daß dieser auch für die aus früheren Verträgen datirenden Kaufgelder-

---

[6]) HGB. art. 680, 697, 698.

[6a]) HGB. art. 728 (vgl. mit 727), 755.

[7]) Gleiches galt nach ältern Recht auch da wo eine besondere Succession in ein Genus von Mobilien (Gerade, Heergeräth) stattfand; die auf einzelnen Objekten haftenden Schulden waren nicht vom Erben, sondern von derjenigen Person zu tragen, welche diese Objekte erbt; vgl. v. Meibom in Bekker's und Muther's Jahrb. IV. S. 470 f., Stobbe ebendas. V. S. 318 f.

[8]) Oben II. § 126. 2, besonders N. 9, § 132 N. 48, § 140 V. und unten V. § 278 S. 5 ff., § 285 III. Auch v. Meibom a. a. O. S. 465 ff., 472 ff., 483 ff., 489; in Betreff der Erbegelder S. 477 ff.

rückstände haftet[9]). Daraus entwickelte sich partikularrechtlich ein gesetzliches Pfandrecht des Verkäufers[10]).

6. Partikulär galt im spätern Recht der Satz, daß der dritte Erwerber der Sache die obligatorischen Verpflichtungen, welche ein früherer Besitzer in Rücksicht auf sie eingegangen ist, soweit auch für sich anerkennen muß, „als er erweislich Wissenschaft davon gehabt hat" (Preuß. Landr. I. 11. § 264). Ganz besonders fand derselbe bei den auf den Erwerb oder Wiedererwerb eines Grundstücks gerichteten Verträgen Anwendung.

a) Hat sich der Eigenthümer eines Grundstücks verpflichtet, dasselbe einem Andern zu übertragen und veräußert er es später einem Dritten, so scheint nach dem Recht des Mittelalters der erste dem zweiten Contrahenten vorgezogen zu sein und gegen letzteren eine Klage auf Herausgabe des Grundstücks gehabt zu haben, falls derselbe nicht durch Zeitablauf die rechte Gewere erlangt hatte[11]). In gewissem Umfange gehört dies Prinzip auch dem neueren Recht an, jedoch mit der Beschränkung, daß der zweite Erwerber nur im Falle seiner mala fides zurücksteht. Jetzt wird

---

[9]) Urk. B. des Landes ob der Enns III. no. 285 a. 1260: es schenkt Jemand ein Grundstück an eine Kirche; nach seinem Tode kommt der frühere Eigenthümer, welcher dem Schenker das Gut für 6 Pfund verkauft hatte, und behauptet 60 Denare Kaufgeld noch nicht erhalten zu haben. Die Kirche bezahlt sie ihm. — Gegen den Uebergang der Verpflichtung auf den dritten Erwerber erklären sich die Schöffensprüche bei Wasserschleben I. S. 267 f., 272 f., aber mit einer Motivirung, welche nicht erkennen läßt, ob er überhaupt oder nur in concreto wegen Entstehung der rechten Gewere verworfen wird; Laband vermögensr. Klagen S. 263 f. nimmt an, daß die Schöffen das obige Prinzip anerkannt hätten. — Auch sonst findet sich gelegentlich im Mittelalter die Auffassung, daß der Verkäufer eines Grundstücks, wenn der Käufer nicht seine Verbindlichkeiten erfüllt hat, sich bei einer Weiterveräußerung des Grundstücks an den dritten Erwerber halten darf; einige Nachweisungen bei Laband S. 264—266.

[10]) Vgl. oben § 108 N. 38, v. Meibom a. a. O. S. 489 N. 107; nach Würt. R. ein Pfandrechtstitel, Römer Würt. Unterpfandsrecht § 34. 2.

[11]) Die Quellen sprechen sich über die Frage nicht deutlich aus; die obige Ansicht wird vertheidigt von Laband vermögensr. Klagen S. 272—274, in d. krit. Viertelj. Schr. XV. S. 389 f., Stobbe in v. Ihering's Jahrbb. XII. S. 209 f., Heusler Gewere S. 30 ff., Sohm Trauung und Verlobung S. 19.

der Satz dahin formulirt, daß der Vertrag freilich kein dingliches Recht, aber ein jus ad rem, ein dinglich wirksames Recht giebt, und daß wer ein dingliches Recht an der Sache erwirbt, an welcher ein Anderer bereits ein jus ad rem erworben hat, mit seinem dinglichen Recht dem jus ad rem in dem Falle weichen und die Sache

---

— Uebrigens hat Brunner in d. Jen. Lit. Zeit. 1876 Art. no. 439 Recht, daß bisher der Beweis für den Satz wenig exakt geführt ist; in Betreff des spätern Rechts vgl. auch Stobbe S. 239 und Sickel Vertragsbruch S. 82 N. 332. — Für Mobilien hat ihn v. Brünneck Reluitionsklage S. 10 ff. nach den nordischen Quellen nachgewiesen.

Sohm Eheschließung S. 79 ff., 87, Trauung und Verlobung S. 13 f., 19 hat aus den nur sehr vag sprechenden Quellen und aus unsichern Symptomen die Ansicht zu begründen versucht, daß das dingliche Recht nicht erst durch Uebergabe der Sache, sondern schon durch den Veräußerungsvertrag erworben werde; der Contrahent erlange durch den Vertrag das dingliche Recht mit seinen negativen Wirkungen, so daß er den Veräußerer in der Disposition über die Sache beschränke und dritte Personen von ihr ausschließe. Der Kauf erzeuge kein volles Eigenthum, sondern nur eine rechtliche Gebundenheit, aber nicht bloß des Verkäufers, sondern auch der Sache (Trauung S. 35); der dem Contraktsverhältniß gewährte dingliche Schutz sei eine Folge des bereits erlangten Eigenthums (Trauung S. 145). Er behauptet ferner, daß wenn der Veräußerer sich contraktlich gebunden hatte, die thatsächlich zu Stande gekommene Sachübertragung nichtig war (Trauung S. 143 ff.).

Die letzte Behauptung von der Nichtigkeit der Uebertragung wird dadurch widerlegt, daß der Veräußerer die Sache nicht zurückfordern durfte. Wir können uns aber überhaupt die Unterscheidung eines vollkommenen und eines unvollkommenen Eigenthums nicht aneignen. Nirgends tritt uns in den Quellen die Auffassung entgegen, daß bereits der Contrakt Eigenthum übertrage. Und dürfen wir einen so bedeutsamen Satz auf so schwache Argumente hin in die Quellen hineintragen? Wer eine Sache erwirbt, in Betreff deren der Veräußerer sich bereits contraktlich gebunden hatte, wird wirklich Eigenthümer. Der dadurch benachtheiligte Contrahent des Veräußerers hat nur die Befugniß diesen Eigenthumserwerb anzufechten, ganz ebenso wie nach der mittelalterlichen Auffassung dies Recht auch ein Vorkaufs- oder Wiederverkaufsberechtigter hat, dem Sohm doch kein unvollkommenes Eigenthum wird zuschreiben wollen.

Unseres Erachtens kommen wir mit einem gegen Dritte wirksamen obligatorischen Recht vollkommen aus. Bei der Sohm'schen Auffassung bedürfte es überdies noch einer besondern Erklärung, warum im spätern Recht der Contrakt nicht gegen jeden, sondern nur gegen denjenigen Erwerber geltend gemacht werden darf, welcher die Sache in Kenntniß von jener Gebundenheit erworben hat. Es würde hier das unvollkommene Eigenthum dadurch untergehen, daß der Dritte in bona fide die Sache erwarb.

dem bereits früher obligatorisch Berechtigten herausgeben muß, daß er Kunde von der Existenz des obligatorischen Rechts hatte[12]).

b) Wer sich vertragsmäßig ein Vorkaufsrecht und wer als Verkäufer sich von seinem Käufer ein Wiederkaufsrecht einräumen ließ, konnte sich die Wirksamkeit desselben auch gegenüber dritten Erwerbern ausbedingen[13]). Auch hier tritt im spätern Recht die Modifikation ein, daß der dritte Erwerber nur dann das Wiederkaufs- oder Vorkaufsrecht dulden muß, wenn er sich zur Zeit seines Erwerbs in mala fide befand[14]).

---

[12]) Vgl. oben I. § 66 N. 4. — Ziebarth Realexekution S. 201 N. 4 führt eine Anzahl von Schriftstellern früherer Jahrhunderte bis zum Ende des vorigen an, nach denen der Käufer ein dinglich wirksames Recht gegen diejenigen Personen hat, „welche sich auf das Recht des Verkäufers gründen, obwohl sie Kenntniß von der bestehenden Einschränkung hatten". Dies ist der Standpunkt des Preuß. Ldr. I. 10. § 25, I. 19. § 5; demgemäß geht auch nach I. 18. § 461 der ältere Lehnrexpektant dem jüngern, welcher die Belehnung erhalten hat, dann vor, wenn letzterer in mala fide war; vgl. über dies Preuß. Recht zur Sache Förster III. § 156, Dernburg I. § 184. — Ebenso bestimmt Code civil art. 1141: Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer á deux personnes successivement, est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préféré et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi; vgl. auch in Betreff der Immobilien Zachariä I. § 208. 2. — Dagegen gehört dies Recht zur Sache nicht dem östr. Recht (Strohal Eigenthum an Immobilien 1876 S. 145 ff.) und nicht dem neueren Preuß. Immobiliarsachenrecht an (oben II. § 95 S. 178 f. und Dernburg I. § 185).

Für das jus ad rem tritt besonders lebhaft Ziebarth S. 197 ff., 205 ff. ein, welcher es für die Gegenwart als „gemeines deutsches Recht" vertheidigt, weil das Römische Recht „als solches überhaupt keine Gültigkeit" hat (S. 201). Die Ungesundheit desselben tritt besonders deutlich S. 214 hervor: das Recht zur Sache giebt dem obligatorisch Berechtigten eine Klage auf Herausgabe gegen den titulirten Erwerber, welcher das Recht zur Sache kannte, aber nicht gegen denjenigen, welcher die Sache sine titulo besitzt.

[13]) Daß dem Vorkaufs- und Wiederverkaufsrecht schon an sich diese Bedeutung zukam, ist von Laband S. 267 ff. wenigstens nicht erwiesen; vgl. Literatur oben II. § 88 N. 5, § 89 N. 6. Nach manchen Urkunden ist die Folge des unterlassenen Angebots zum Wiederverkauf lediglich eine Geldstrafe z. B. Urk. v. J. 1182 bei Pauli Beitr. z. Lüb. Recht IV. S. 8.

[14]) Preuß. Ldr. I. 11. § 311, I. 20. § 630, Sächs. GB. § 1124, 1134. — An Mobilien kann nach dem Preuß. Ldr. I. 20. § 572 kein dinglich wirksames Vorkaufsrecht bestellt werden.

c) Hatte der Eigenthümer sein Grundstück vermiethet oder verpachtet, so mußte nach einzelnen Rechten auch der neue Erwerber desselben diese Gebundenheit anerkennen (Kauf bricht nicht Miethe)[15]).

In den zuletzt genannten Fällen (5 und 6) erlangt die betreffende Obligation nach modernem Recht dingliche Wirksamkeit, wenn sie im Grundbuch eingetragen ist[16]). Bestand die dingliche Wirksamkeit früher nur gegenüber dem malae fidei possessor, so entspricht dem das neuere Prinzip, wonach sie von der Eintragung des Rechts im Grundbuch abhängig sein soll, indem jeder Erwerber des Grundstücks die Eintragungen gegen sich gelten lassen muß und sich über den Inhalt des Grundbuchs nicht in Unwissenheit befinden darf.

D. 7. Die obligatorische Verpflichtung kann auch an den Besitz eines Werthpapiers oder an die Mitgliedschaft in einer Personengemeinschaft geknüpft sein. Wenn in dem Statut einer Aktiengesellschaft bestimmt ist, daß die Inhaber-Aktien nach Einzahlung von 40 Prozent veräußerlich sind, so haftet der Erwerber derselben für die Vollzahlung[17]). Es giebt Aktiengesellschaften, bei welchen die Aktionäre auch nach Bezahlung ihrer Aktien zu obligatorischen Leistungen verpflichtet sind[18]). Aehnlich steht es mit den Gewerkschaften, indem die Eigenthümer der Kure als solche zu den Zu-

[15]) Dies gilt nur nach einzelnen Rechten, vgl. unten § 186. 2. — Nach manchen Quellen waren nicht einmal die Erben des Vermiethers an den Contrakt gebunden, vgl. Stobbe in Bekker's u. Muther's Jahrb. V. S. 335 ff.

[16]) Vgl. oben II. § 95. 7 und wegen des Miethsvertrages unten § 186 N. 17. — Ueber die Eintragung von Vorkaufs- und Wiederverkaufsrechten vgl. oben II. § 89. 2 und Preuß. Ldr. I. 20. § 569, 570, Oestr. GB. § 1070, 1073, 1079, Sächs. GB. § 1124, 1134, Neuvorpomm. Hyp. O. v. 1868 § 11.

Daß man nicht beliebig jedes obligatorische Recht eintragen und dadurch mit dinglicher Wirksamkeit versehen darf, vgl. oben I. § 66 N. 13: nach meckl. Recht nur Näherrechte, v. Meibom meckl. Hyp. R. S. 39 N. 13, nach dem Oestr. Grundbuchsgesetz v. 25. Juli 1871 § 9 nur das Bestandrecht und Wieder- und Vorkaufsrechte; über das Würtemb. Recht Wächter II. S. 394 f., 625 N. 14, Römer Würt. Unterpfandr. S. 45 f.

[17]) HGB. art. 222. 3; diese Bestimmung gehörte bereits dem Preuß. Gesetz über Aktiengesellschaften v. 9. Nov. 1843 § 11 an.

[18]) Z. B. Aktionäre einer Rübenzuckerfabrik zu jährlichen Lieferungen eines bestimmten Quantum Rüben.

hußen verpflichtet sind[19]), und mit den Schiffsparten im Falle der Mitrhederei[20]).

E. Endlich sind noch einzelne isolirte Fälle zu erwähnen:

8. Der Retrahent, welcher die dem Retrakt unterworfene Sache erworben hat, muß an den Verkäufer das rückständige Kaufgeld in den von dem Käufer übernommenen Fristen zahlen (oben II. § 89 N. 27).

9. Der Frachtführer, „welcher auf einen andern Frachtführer folgt, tritt dadurch, daß er das Gut mit dem ursprünglichen Frachtbrief annimmt, in den Frachtvertrag gemäß dem Frachtbrief ein, übernimmt eine selbstständige Verpflichtung, den Transport nach Inhalt des Frachtbriefs auszuführen, und hat auch in Bezug auf den von den früheren Frachtführern bereits ausgeführten Transport für die Verbindlichkeiten derselben einzustehen." HGB. art. 401.

10. Wo partikularrechtlich durch Veräußerung eines versicherten Grundstücks auf den Erwerber die Rechte aus der Versicherung übergehen, geht auf ihn auch die Verpflichtung zur Prämienleistung über[21]).

11. Wer unentgeltlich eine Mobilie erwirbt, ist demjenigen, welcher Verwendungen auf dieselbe gemacht hat, soweit verhaftet, „als damals der dadurch bewerkstelligte Vortheil noch wirklich vorhanden war", Preuß. Ldr. I. 13. § 276.

II. Bei einer Anzahl dieser Obligationen kommt aber noch eine weitere Eigenthümlichkeit in Betracht: es findet hier mit dem Uebergange der Sache nicht bloß eine Succession in die passive Seite der Obligation statt, sondern es ist der Schuldner auch nicht über den Werth der Sache hinaus verhaftet. Diese Erscheinung tritt aber auch selbstständig in weitern Fällen auf, indem gewisse Forderungen nur aus bestimmten Objekten oder bestimmten Vermögensmassen befriedigt werden[22]). Dagegen gehören nicht die-

[19]) Oben I. § 59 S. 402 f., Dernburg I. § 270.

[20]) HGB. art. 471, 474.

[21]) Z. B. Preuß. Ldr. II. 8. § 2163; Polizebestimmungen in Entsch. des ROHGer. V. S. 7.

[22]) Solche Fälle sind zusammengestellt von Stobbe in d. Ztschr. f. deutsch. Recht XIX. S. 209 f., krit. Viertelj. Schr. IX. S. 303 ff., Bekker in Goldschmidt's Ztschr. IV. S. 535 f.

jenigen Fälle hieher, in denen einzelne Forderungen vornehmlich auf gewissen Objekten oder Vermögensmassen haften, so daß sie aus denselben mit Vorzug vor andern Forderungen oder daß sie zunächst aus diesen Objekten und in subsidium aus dem übrigen Vermögen befriedigt werden. Wir übergehen daher den Separatkonkurs über das Gesellschaftsvermögen, die Befriedigung der Privatgläubiger eines Socius zunächst aus dessen Privatvermögen und das Separationsrecht der Gläubiger bei mehreren Etablissements desselben Kaufmanns.

Wir führen hier kurz die einzelnen Fälle der beschränkten Haftung auf:

1. Ist eine Mobilie zu Faustpfand gegeben, so konnte sich nach älterem Deutschen Recht der Gläubiger nur an das Pfand halten und erlosch die Forderung beim Untergange der Pfandsache (vgl. oben II. § 154. I. 1. 5. 6).

2. Bei der ältern Satzung von Immobilien haftete dem Gläubiger nur sein Pfand und bestand daneben keine weitere Verhaftung der Person[33]).

Vgl. überhaupt v. Meibom über Realschulden und Reallasten, in Bekker's und Muther's Jahrb. IV. 1860 S. 442—510 und vielfach gegen ihn polemisirend v. Gerber Reallast oder Realschuld, in s. Jahrbb. VI. 1863 S. 266—285, jetzt in s. ges. Abh. S. 243—280.

v. Meibom führt für solche Obligationen den Namen Realschulden ein und charakterisirt sie dahin, daß die Verbindlichkeit dergestalt mit einer Sache verknüpft ist, daß sie nur die Sache ergreife und mit derselben auf jeden Erwerber übergehe. Nur einzelne der von uns unter I. behandelten Fälle sind Realschulden im Sinne v. Meibom's. Derselbe erkennt auch S. 509 an, daß die Sache auch nur die Funktion haben könne, die Person des Schuldners zu bestimmen, welcher aber nicht mit ihr allein für die Befriedigung einzustehen habe. Doch werden diese beiden Gesichtspunkte von ihm nicht scharf aus einander gehalten. — S. 443 findet sich die Bemerkung, daß „Realschulden nur in Anknüpfung an Grundstücke vorkommen“, aber doch wird S. 445 ff. die Schuld, für welche ein Mobiliarpfand gegeben ist, in gleicher Weise charakterisirt.

Was die Satzschulden betrifft, so sagt v. Meibom S. 453: „Nach der ältern Rechtsanschauung wird man eine Schuld des Grundstücks annehmen müssen“, S. 453—456; er bestreitet dieselbe aber S. 490 f. für das neuere Recht. Vgl. dagegen oben I. § 49. III. 5. II. § 101. 4.

[33]) Oben II. § 105. 5. — Bei der neueren Satzung gehen die Partikularrechte aus einander und besteht vielfach eine weiter gehende persönliche Verpflichtung, oben II. § 107 N. 36.

3. Der Rentengläubiger konnte nach altem Recht seine Befriedigung lediglich aus dem Grundstück, auf welchem die Rente lastet, und aus dem, was sich auf demselben befindet, fordern; erst nach späterm Recht darf er sich auch an das übrige Vermögen des Schuldners halten (vgl. oben II. § 104. 4 und N. 42 ff.).

4. Der Eigenthümer, welcher ein mit Hypotheken belastetes Grundstück erworben hat, ohne die Schulden persönlich übernommen zu haben, haftet für dieselben nur mit dem Grundstück (oben II. § 109 4, § 113. I. 3)[24]).

5. Wird ein Schiff oder die Fracht oder die Ladung verbodmet, so kann sich „der Gläubiger wegen seiner Ansprüche nur an die verpfändeten (verbodmeten) Gegenstände halten"[25]).

6. Der stille Gesellschafter und der Commanditist haften für die Geschäftsschulden nur mit dem Betrag, mit welchem sie sich bei dem unter der Firma des Complementars oder unter gemeinschaftlicher Firma betriebenen Geschäft betheiligt haben.

7. Von der Haftung für den Schaden, welchen Thiere oder Sklaven verursacht haben, kann sich der Eigenthümer dadurch befreien, daß er dieselben dem Verletzten ausliefert (vgl. unten § 201, 202).

8. Für eigentliche Lehnsschulden haftet der Vasall nicht mit seinem Allodialvermögen (oben II. § 126 N. 11, 12).

9. Bei den ältern Gewerkschaften, bei welchen das Bergwerk von den Gewerken nach den Grundsätzen von der communio und societas besessen wird, haften die Gewerken für die Bergwerksschulden nur mit ihrem Antheil am Bergwerk und werden durch Verzicht auf denselben frei (oben I. § 59 N. 14; II. § 143 N. 56 ff.).

---

[24]) Nach der Entsch. d. Preuß. O. Trib. (in Simon und Strampff Rechtssprüche der preuß. Gerichtshöfe II. 1830 S. 248 ff.) kann vertragsmäßig die beschränkte Haftung festgesetzt werden, indem der Empfänger eines Darlehns in der Schuldverschreibung erklärt, daß er seinem Gläubiger für die geliehene Summe ein bestimmtes Grundstück mit ausdrücklicher Ausnahme seines Mobiliar- und anderweiten Vermögens und seines sonstigen Einkommens dergestalt verpfände, daß der Gläubiger sich nur rein an das Grundstück halten solle.

[25]) HGB. art. 680. — Vgl. auch Preuß. Ldr. II. 8. § 2426—2428.

10. Die Schiffsrheder haften für gewisse Schiffsschulden nur mit Schiff und Fracht (fortune de mer)[26].

11. Die Beiträge zur großen Havarei und zu den Bergungskosten haften auf den betreffenden Gütern; ihr Empfänger ist nur „bis zum Werthe, welchen die Güter zur Zeit ihrer Auslieferung hatten", verpflichtet[27]).

12. Wird eine Handelsgesellschaft aufgelöst oder tritt ein Socius aus ihr aus, so hört nach 5 Jahren die solidarische Verhaftung der Gesellschafter, resp. des ausgeschiedenen Socius auf. Aber „ist noch ungetheiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden, so kann dem Gläubiger die fünfjährige Verjährung nicht entgegengesetzt werden, sofern er seine Befriedigung nur aus dem Gesellschaftsvermögen sucht" (HGB. art. 147).

13. Die Erbschaftsschulden werden durch Erwerb der Erbschaft Schulden des Erben; aber er haftet entweder allgemein nach Gesetz, oder in Folge seinen Antritts cum beneficio inventarii nicht über den Belauf der Erbschaft hinaus (V. § 285 VI.).

14. Durch Verträge eines Haussohnes oder einer Ehefrau wird nur deren freies Vermögen, über welches sie die Verfügung haben, verhaftet.

III. Auch die aktive Seite der Obligation, die Gläubigerschaft steht in einer Reihe von Fällen nach Deutschem Recht nicht einem bestimmten Individuum und dessen Universalsuccessoren zu, sondern gilt als ablösbar von dem ursprünglichen Gläubiger und fällt in einzelnen Fällen demjenigen zu, welcher eine bestimmte

---

[26]) Heise u. Cropp I. S. 468 ff., 471 f., 493 ff. (zu den dortigen Stellen vgl. noch Hamb. Schiffsrecht art. 34, Hamb. rev. Statt. II. 17. 7). — Preuß. Ldr. II. 8. § 1529, 1531. Nach dem letzten Paragraph tritt die Verhaftung mit dem ganzen Vermögen ein, wenn der Rheder das Schiff auf's neue in See gehen läßt; dem entspricht vollkommen der Satz, daß man vom Thierschaden durch noxae datio sich nur dann befreit, wenn man das Thier sofort nach der Kunde vom Schaden aufgiebt (vgl. unten § 202). — HGB. art. 452—454, 468, 479 Abs. 3, 736, 774 Abs. 4, 5, 776, 777. — Nach älterm Recht galt auch der Satz, daß der Besitzer von Fuhrwerk für den Schaden, welchen sein Knecht mit demselben angerichtet hat, nicht weiter als mit dem Fuhrwerk haftet; vgl. § 202 N. 9, und die Bestimmung des Preuß. Ldr. in § 201 N. 30.

[27]) HGB. art. 728 vgl. mit 727, 755 vgl. mit art. 753.

Sache erwirbt. Indem wir hier davon absehen, daß durch die Cession die Forderung selbst, nicht bloß ihre Ausübung übertragen wird (§ 117 N. 7 ff.), und daß bei den Ordrepapieren durch Indossament der Inhalt der Forderung losgelöst von ihren individuellen Beziehungen übergeht (§ 178. I. 1), und auf die frühere Darstellung darüber verweisen, daß aus gewissen einseitigen Versprechen Derjenige Gläubiger wird, welcher die Bedingung des Versprechenden erfüllt (oben § 171), stellen wir hier solche Fälle zusammen, in welchen die aktive Seite der Obligation mit dem Besitz oder Eigenthum einer Sache verknüpft ist. Auch hier handelt es sich nicht um ein allgemein wirksames Prinzip, sondern um vereinzelte Erscheinungen, durch welche die Bedürfnisse des Verkehrs in mannigfacher Weise befriedigt werden:

1. Aus Inhaberpapieren kann jeder Inhaber derselben die Forderung geltend machen.

2. Zahlreiche Reallastberechtigungen sind als Realrechte konstituirt, so daß der Eigenthümer des berechtigten Guts forderungsberechtigt ist (vgl. oben II. § 103. II.)[28]).

3. Wo die Regel „Kauf bricht nicht Miethe" gilt, geht die Forderung des Vermiethers gegen den Miether durch Veräußerung des Grundstücks auf den Erwerber über[29]).

4. Das Wiederkaufsrecht, welches sich der Veräußerer einer Parzelle bestellen läßt, geht nach dem Preuß. Landr. I. 11. § 313 eo ipso auf den Erwerber des Hauptguts über.

5. Auch die nach dem Gesetz dem Besitzer von Lehn, Bauergütern, Familienfideikommissen resp. dem Lehnsherrn oder Gutsherrn zustehenden Rechte auf Rückerwerb veräußerter Parzellen gehen ohne weiteres auf den Gutserwerber über; sie stehen ihm nicht als Individuum, sondern als Eigenthümer und Besitzer des Hauptguts zu.

---

[28]) Eine Parallele bietet die römische servitus oneris ferendi, bei welcher der Eigenthümer des praedium dominans eine Forderung auf Unterhaltung der Mauer gegen seinen Nachbar hat; vgl. Windscheid § 211[a] N. 3.

[29]) Vgl. unten § 286. 2. — Er hat aber nur die Forderung auf die künftig fällig werdenden Miethszinse, nicht auf die Rückstände, Rechtsb. n. Dist. II. 4. d. 16.

6. Schon nach Römischem Recht[30]) konnte, wenn der Ablauf des Regenwassers vom Nachbar geändert war, der Grundeigenthümer auf Wiederherstellung des früheren Zustandes klagen, und zwar hatte diese Klage der Eigenthümer als solcher, nicht derjenige, welcher zur Zeit der Abänderung der Eigenthümer war. Ebenso gehen auch nach Deutschem Recht die Ansprüche auf Schadensersatz auf den späteren Erwerber des geschädigten Grundstücks über[31]).

7. Nach Partikularrecht geht der Anspruch aus dem Feuerversicherungsvertrage über Immobilien ohne weiteres auf den Erwerber des Grundstücks über[32]). Dieser Satz ist aber nur Partikularrecht[33]) und insbesondere bestimmt das Handelsgesetzbuch art. 904 für die Seeversicherung, daß dem Erwerber des versicherten Gegenstandes die Rechte aus dem Versicherungsvertrage übertragen werden können, also auf ihn nicht eo ipso mit der Veräußerung übergehen[34]).

8. Nach neuerer Praxis geht das Recht ein Stück aufführen zu dürfen, welches ein Theaterunternehmer für seine Bühne erwirbt,

---

[30]) Windscheid II. § 473 N. 19.

[31]) Koch zum Preuß. Ldr. I. 6. § 80.

[32]) Preuß. Ldr. I. 8. § 59, II. 8. § 2163, Entsch. des ROH. Ger. V. S. 1 ff. (Preuß. R.); anderer Ansicht Förster II. (2. Aufl.) § 145 N. 88 ff., 119, 120, welcher unter Berufung auf Preuß. Ldr. II. 8. § 2280 Cession fordert. — Sächs. Ges. v. 23. Aug. 1862 § 92 (oben II. § 112 N. 39), Ges. v. 25. Aug. 1876 § 121, 122, Haubold § 215[b] N. p. — Meckl. R., v. Meibom Meckl. Hyp. R. S. 212 N. 50. — Nach zahlreichen Feuersocietätsreglements, Entsch. des ROH. Ger. V. S. 6 f. — Nach der französischen Jurisprudenz, angeführt bei Malß in Goldschm. Ztschr. VIII. S. 371—373 (der sich selbst gegen diese Ansicht erklärt). — Schweiz. Entw. v. 1877 art. 760 Abs. 1: „Wenn der Versicherungsgegenstand veräußert worden ist, so spricht die Vermuthung dafür, daß auch die Rechte aus der Versicherung auf den Erwerber übertragen worden sind.“ Das Gesetz selbst regelt nicht das Versicherungsrecht.

[33]) Lippmann in Ihering's Jahrbb. VII. S. 21—37 behauptet, daß nach gemeinem Rechte der Käufer einen Anspruch gegen seinen Verkäufer auf Abtretung der Versicherungssumme hat; vgl. auch Windscheid § 264 N. 6, § 389 N. 11, Kübel in Malß Ztschr. f. Vers. Recht II. S. 70 ff.

[34]) Ebenso Zürich. GB. § 1736. — Nach französ. Versicherungsstatuten wird durch Veräußerung von Mobilien und Cession der Police die Versicherung nicht übertragen, außer wenn der Versicherer seine Zustimmung zu diesem Uebergange ertheilt hat, Malß Ztschr. I. S. 144.

auf den folgenden Unternehmer von selbst durch bloße Uebernahme der Bühne über[35]).

IV. Während nach dem gemeinem Recht eine Obligation dadurch untergeht, daß Forderung und Schuld in derselben Person zusammen kommen, weil Niemand sein eigner Gläubiger sein kann[36]), gilt dieser scheinbar selbstverständliche Satz nicht überall nach modernem Recht[37]). So wie nicht unbedingt ein jus in re aliena dadurch untergeht, daß der Berechtigte zugleich Eigenthümer der belasteten Sache ist[38]), finden sich analoge Erscheinungen im Gebiet des Obligationenrechts. Erwähnt ist dies bereits für die Reallasten, welche — obgleich obligatorische Rechte — in wesentlichen Beziehungen den Regeln des Immobiliarsachenrechts unterliegen: sie erlöschen nicht, wenn sich das Grundstück vorübergehend im Besitz des Berechtigten befindet oder wenn es vorübergehend ohne Besitzer ist, so daß es zeitweise an einem verpflichteten Subjekt fehlt (oben II. § 103 V.)[39]).

Aus dem modernen Recht sind folgende Fälle hervorzuheben: der Eigenthümer erwirbt eine auf seinem Grundstück eingetragene Hypothekenforderung oder der Hypothekengläubiger wird Eigenthümer des belasteten Grundstücks (oben II. § 113. 5); ein Inhaberpapier kehrt zum Aussteller zurück; der Acceptant, Trassant oder ein früherer Indossant erwirbt die Wechselforderung durch ein In-

---

[35]) Entsch. des ROH. Ger. XII. S. 319 ff., 359 ff., XXIII. S. 364 f.; vgl. auch Nissen in Goldschm Ztschr. XVIII. S. 358 f., Dernburg II. § 13. 3. Gelegentlich erwähne ich noch die Dresd. Entsch. (Ztschr. f. Rechtspfl. Sachsens N. F. XLIV. S. 419 ff.) über den Uebergang des Rechts auf das Ablösungskapital bei Veräußerung eines Grundstücks.

[36]) Windscheid § 352. Vgl. auch Preuß. Ldr. I. 16. § 476, Sächs. GB. § 132.

[37]) Die meines Wissens einzige eingehendere Behandlung dieser Erscheinung findet sich bei v. Jhering Jahrbb. X. S. 441 ff., der für sie den Namen „passive Gebundenheit" eingeführt hat.

[38]) In Betreff der Dienstbarkeiten vgl. oben II. § 97. 1.

[39]) Schon nach altem Recht konnte ein Hausbesitzer, welcher eine Rente ablöst und sich den Rentenbrief aushändigen läßt, den Brief von neuem begeben, ohne daß es einer neuen obrigkeitlichen Mitwirkung zur Constituirung der Rente bedurfte (Höpken im Bremer Jahrb. VI. S. 202 ff.): so lange der Rentenbrief sich bei ihm befindet, nahm man nur ein Ruhen, aber kein Erlöschen der Rentenverpflichtung an.

dossament[40]). In diesen Fällen wird die Obligation nicht getilgt. Ebenso geht sie auch nicht unter, wenn das Grundstück oder das Inhaberpapier zeitweise keinen Besitzer hat[41]). Auch kann eine Obligation in der Weise begründet werden, daß Schuldner und Gläubiger zunächst dieselbe Person sind und die Wirksamkeit der begründeten Obligation dann eintritt, wenn durch spätere Thatsachen eine Trennung der beiden Seiten der Obligation erfolgt. Die hauptsächlichsten Fälle sind: der Eigenthümer eines Grundstücks läßt eine Hypothek oder Grundschuld zu seinen Gunsten eintragen (oben II. § 111. 7); der Aussteller eines Wechsels beauftragt sich selbst eine Summe an eine dritte Person zu zahlen (trassirt-eigener Wechsel).

Den genannten Fällen ist gemeinsam, daß die Obligation entweder durch einen Akt mit publica fides begründet ist und ihre Existenz so lange angenommen wird, bis sie ein contrarius actus vernichtet hat[42]), oder daß die Forderung in einem für den Verkehr bestimmten Papier verkörpert ist und erst mit der Cassation desselben der Untergang der Obligation eintreten soll[43]). So lange die Vereinigung der Gläubiger- und Schuldnerseite stattfindet, kann die Obligation nicht geltend gemacht werden, aber es wird eine Verpflichtung in latentem Zustande zu dem Zweck angenommen, um

---

[40]) Die verschiedenen Fälle des Zusammentreffens beim Wechsel vgl. bei Thöl Wechselrecht § 326.

[41]) Das Preuß. Ldr. I. 16. § 479 bestimmt für solche Fälle: „Ist der Vertrag oder die Handlung, wodurch die Vereinigung erfolgt, widerruflich, so ruhen die Rechte und Pflichten nur so lange, als die Vereinigung dauert."

[42]) Oestr. GB. § 1446: „Rechte und Verbindlichkeiten, welche den öffentlichen Büchern einverleibt sind, werden durch die Vereinigung in Einer Person nicht aufgehoben, bis die Löschung aus den öffentlichen Büchern erfolgt ist."

[43]) Die spezielle Bestimmung des gemeinen Rechts, daß die Schulden und Forderungen des Erblassers, welche zwischen ihm und dem Erben bestanden, nicht untergehen, wenn der Erbe die Erbschaft cum beneficio inventarii antritt (Windscheid III. § 606. 3), hat auch in den Partikularrechten Anerkennung gefunden; Preuß. Ldr. I. 16. § 486, 487, 489 vgl. auch 490, 491, Oestr. GB. § 802, Sächs. GB. § 2378, Roth § 370 N. 65 ff. — Ebenso leben die durch die Erbantretung in Folge von Confusion untergegangenen Obligationen wieder auf, wenn der Erbe die Erbschaft als Universalfideikommiß herausgiebt, Windscheid § 665 N. 4[a], Preuß. Ldr. I. 16. § 481, Roth III. § 315 N. 104, 105, § 369 N. 7 ff., § 394 N. 38, 39.

durch nachfolgende Uebertragung der einen Seite auf andere Personen die Obligation wirksam werden lassen.

§ 176. Mehrheit der Subjekte.

A. Wenn mehrere Personen demselben Gläubiger zusammen etwas schulden, besteht nach römischem, wie nach deutschem Recht eine doppelte Möglichkeit: a) jeder der Mehreren ist nur auf einen Theil verpflichtet; es bestehen mehrere Obligationen unabhängig neben einander, deren jede zum Inhalt nur einen Theil der geschuldeten Leistung hat; die Tilgung oder Nicht-Tilgung der einen Obligation ist ohne Einfluß auf den Bestand der andern. Oder b) die Mehreren sind zusammen verpflichtet; für keinen tritt früher eine Befreiung ein, als bis der Gläubiger vollkommen befriedigt ist. In dem letzteren Fall unterscheidet das Pandektenrecht zwischen solidarischer und Correalobligation. Worin aber sich diese beiden unterscheiden, ist bisher weder in der Doktrin auch nur annähernd festgestellt worden, noch hat sich darüber eine gleichmäßige Praxis herausgebildet. Die Frage nach dem Unterschied und nach dem Geltungsgebiet der correalen und der solidarischen Obligation ist eine unentschiedene Controverse geblieben, welche auf das praktische Recht Deutschlands keinen erheblichen Einfluß geübt hat. Daraus erklärt es sich, daß die Sätze des älteren Rechts über die Gesammtobligation in der Zeit der Reception bestehen blieben und auch in den modernen Codifikationen ihre Herrschaft behauptet haben und höchstens in einzelnen Beziehungen vom römischen Recht modificirt worden sind[1]).

[1]) In Betreff des gemeinen Rechts verweise ich einfach auf Windscheid II. § 292 ff., dessen Darstellung in den Noten die Trostlosigkeit der Doktrin und Praxis zur Erscheinung bringt; vgl. auch Bruns in d. Encykl. § 47, für das Preuß. R. Dernburg II. § 47 ff., für das Oestr. R. Hasenöhrl das österr. Obligationenrecht I. 1878 S. 84—159. — Für das deutsche Recht vgl. Stobbe Vertragsrecht S. 138—178, Gierke Genossenschaft II. S. 957, Förster I. § 63. Zachariä II. § 298. — Ueber einzelne Fragen Goldschmidt Ueber den Einfluß von Theilzahlungen eines Solidarschuldners auf die Rechte des Gläubigers gegen andere Solidarschuldner, in s. Ztschr. XIV. S. 397—441, ferner Goldschmidt Ztschr. XV. S. 301 ff.

c) Hatte der Eigenthümer sein Grundstück vermiethet oder verpachtet, so mußte nach einzelnen Rechten auch der neue Erwerber desselben diese Gebundenheit anerkennen (Kauf bricht nicht Miethe)[15].

In den zuletzt genannten Fällen (5 und 6) erlangt die betreffende Obligation nach modernem Recht dingliche Wirksamkeit, wenn sie im Grundbuch eingetragen ist[16]. Bestand die dingliche Wirksamkeit früher nur gegenüber dem malae fidei possessor, so entspricht dem das neuere Prinzip, wonach sie von der Eintragung des Rechts im Grundbuch abhängig sein soll, indem jeder Erwerber des Grundstücks die Eintragungen gegen sich gelten lassen muß und sich über den Inhalt des Grundbuchs nicht in Unwissenheit befinden darf.

D. 7. Die obligatorische Verpflichtung kann auch an den Besitz eines Werthpapiers oder an die Mitgliedschaft in einer Personengemeinschaft geknüpft sein. Wenn in dem Statut einer Aktiengesellschaft bestimmt ist, daß die Inhaber-Aktien nach Einzahlung von 40 Prozent veräußerlich sind, so haftet der Erwerber derselben für die Vollzahlung[17]. Es giebt Aktiengesellschaften, bei welchen die Aktionäre auch nach Bezahlung ihrer Aktien zu obligatorischen Leistungen verpflichtet sind[18]. Aehnlich steht es mit den Gewerkschaften, indem die Eigenthümer der Kuxe als solche zu den Zu-

---

[15]) Dies gilt nur nach einzelnen Rechten, vgl. unten § 186. 2. — Nach manchen Quellen waren nicht einmal die Erben des Vermiethers an den Contrakt gebunden, vgl. Stobbe in Bekker's u. Muther's Jahrb. V. S. 335 ff.

[16]) Vgl. oben II. § 95. 7 und wegen des Miethsvertrages unten § 186 N. 17. — Ueber die Eintragung von Vorkaufs- und Wiederverkaufsrechten vgl. oben II. § 89. 2 und Preuß. Ldr. I. 20. § 569, 570, Oestr. GB. § 1070, 1073, 1079, Sächs. GB. § 1124, 1134, Neuvorpomm. Hyp. O. v. 1868 § 11.

Daß man nicht beliebig jedes obligatorische Recht eintragen und dadurch mit dinglicher Wirksamkeit versehen darf, vgl. oben I. § 66 N. 13: nach meckl. Recht nur Näherrechte, v. Meibom meckl. Hyp. R. S. 39 N. 13, nach dem Oestr. Grundbuchsgesetz v. 25. Juli 1871 § 9 nur das Bestandrecht und Wieder- und Vorkaufsrechte; über das Würtemb. Recht Wächter II. S. 394 f., 625 N. 14, Römer Würt. Unterpfandr. S. 45 f.

[17]) HGB. art. 222. 3; diese Bestimmung gehörte bereits dem Preuß. Gesetz über Aktiengesellschaften v. 9. Nov. 1843 § 11 an.

[18]) Z. B. Aktionäre einer Rübenzuckerfabrik zu jährlichen Lieferungen eines bestimmten Quantum Rüben.

bußen verpflichtet sind[19]), und mit den Schiffsparten im Falle der Mitrhederei[20]).

E. Endlich sind noch einzelne isolirte Fälle zu erwähnen:

8. Der Retrahent, welcher die dem Retrakt unterworfene Sache erworben hat, muß an den Verkäufer das rückständige Kaufgeld in den von dem Käufer übernommenen Fristen zahlen (oben II. § 89 N. 27).

9. Der Frachtführer, „welcher auf einen andern Frachtführer folgt, tritt dadurch, daß er das Gut mit dem ursprünglichen Frachtbrief annimmt, in den Frachtvertrag gemäß dem Frachtbrief ein, übernimmt eine selbstständige Verpflichtung, den Transport nach Inhalt des Frachtbriefs auszuführen, und hat auch in Bezug auf den von den früheren Frachtführern bereits ausgeführten Transport für die Verbindlichkeiten derselben einzustehen." HGB. art. 401.

10. Wo partikularrechtlich durch Veräußerung eines versicherten Grundstücks auf den Erwerber die Rechte aus der Versicherung übergehen, geht auf ihn auch die Verpflichtung zur Prämienleistung über[21]).

11. Wer unentgeltlich eine Mobilie erwirbt, ist demjenigen, welcher Verwendungen auf dieselbe gemacht hat, soweit verhaftet, „als damals der dadurch bewerkstelligte Vortheil noch wirklich vorhanden war", Preuß. Ldr. I. 13. § 276.

II. Bei einer Anzahl dieser Obligationen kommt aber noch eine weitere Eigenthümlichkeit in Betracht: es findet hier mit dem Uebergange der Sache nicht bloß eine Succession in die passive Seite der Obligation statt, sondern es ist der Schuldner auch nicht über den Werth der Sache hinaus verhaftet. Diese Erscheinung tritt aber auch selbstständig in weitern Fällen auf, indem gewisse Forderungen nur aus bestimmten Objekten oder bestimmten Vermögensmassen befriedigt werden[22]). Dagegen gehören nicht die-

---

[19]) Oben I. § 59 S. 402 f., Dernburg I. § 270.

[20]) HGB. art. 471, 474.

[21]) Z. B. Preuß. Ldr. II. 8. § 2163; Polizeibestimmungen in Entsch. des ROHGer. V. S. 7.

[22]) Solche Fälle sind zusammengestellt von Stobbe in d. Ztschr. f. deutsch. Recht XIX. S. 209 f., krit. Vierteljschr. IX. S. 303 ff., Bekker in Goldschmidt's Ztschr. IV. S. 535 f.

jenigen Fälle hieher, in denen einzelne Forderungen vornehmlich auf gewissen Objekten oder Vermögensmassen haften, so daß sie aus denselben mit Vorzug vor andern Forderungen oder daß sie zunächst aus diesen Objekten und in subsidium aus dem übrigen Vermögen befriedigt werden. Wir übergehen daher den Separatkonkurs über das Gesellschaftsvermögen, die Befriedigung der Privatgläubiger eines Socius zunächst aus dessen Privatvermögen und das Separationsrecht der Gläubiger bei mehreren Etablissements desselben Kaufmanns.

Wir führen hier kurz die einzelnen Fälle der beschränkten Haftung auf:

1. Ist eine Mobilie zu Faustpfand gegeben, so konnte sich nach altem Deutschen Recht der Gläubiger nur an das Pfand halten und erlosch die Forderung beim Untergange der Pfandsache (vgl. oben II. § 154. I. 1, 5, 6).

2. Bei der ältern Satzung von Immobilien haftete dem Gläubiger nur sein Pfand und bestand daneben keine weitere Verhaftung der Person[23]).

Vgl. überhaupt v. Meibom über Realschulden und Reallasten, in Bekker's und Muther's Jahrb. IV. 1860 S. 442—510 und vielfach gegen ihn polemisirend v. Gerber Reallast oder Realschuld, in s. Jahrbb. VI. 1863 S. 266—285, jetzt in s. jur. Abhh. S. 243—260.

v. Meibom führt für solche Obligationen den Namen Realschulden ein und charakterisirt sie dahin, daß die Verbindlichkeit dergestalt mit einer Sache verknüpft sei, daß sie nur die Sache ergreife und mit derselben auf jeden Erwerber übergehe. Nur einzelne der von uns unter I. behandelten Fälle sind Realschulden im Sinne v. Meibom's. Derselbe erkennt auch S. 509 an, daß die Sache auch nur die Funktion haben könne, die Person des Schuldners zu bestimmen, welcher aber nicht mit ihr allein für die Befriedigung einzustehen habe. Doch werden diese beiden Gesichtspunkte von ihm nicht scharf aus einander gehalten. — S. 443 findet sich die Bemerkung, daß „Realschulden nur in Anknüpfung an Grundstücke vorkommen", aber doch wird S. 445 ff. die Schuld, für welche ein Mobiliarpfand gegeben ist, in gleicher Weise charakterisirt.

Was die Construktion betrifft, so sagt v. Meibom S. 453: „Nach der ältern Rechtsanschauung wird man eine Schuld des Grundstücks annehmen müssen", S. 453—456; er verwirft dieselbe aber S. 490 f. für das neuere Recht. Vgl. dagegen oben I. § 49. III. 5, II. § 101. 4.

[23]) Oben II. § 106. 5. — Bei der neueren Satzung gehen die Partikularrechte aus einander und besteht vielfach eine weiter gehende persönliche Verpflichtung, oben II. § 107 N. 26.

3. Der Rentengläubiger konnte nach altem Recht seine Befriedigung lediglich aus dem Grundstück, auf welchem die Rente lastet, und aus dem, was sich auf demselben befindet, fordern; erst nach späterm Recht darf er sich auch an das übrige Vermögen des Schuldners halten (vgl. oben II. § 104. 4 und N. 42 ff.).

4. Der Eigenthümer, welcher ein mit Hypotheken belastetes Grundstück erworben hat, ohne die Schulden persönlich übernommen zu haben, haftet für dieselben nur mit dem Grundstück (oben II. § 109 4, § 113. I. 3)[24]).

5. Wird ein Schiff oder die Fracht oder die Ladung verbodmet, so kann sich „der Gläubiger wegen seiner Ansprüche nur an die verpfändeten (verbodmeten) Gegenstände halten"[25]).

6. Der stille Gesellschafter und der Commanditist haften für die Geschäftsschulden nur mit dem Betrag, mit welchem sie sich bei dem unter der Firma des Complementars oder unter gemeinschaftlicher Firma betriebenen Geschäft betheiligt haben.

7. Von der Haftung für den Schaden, welchen Thiere oder Sklaven verursacht haben, kann sich der Eigenthümer dadurch befreien, daß er dieselben dem Verletzten ausliefert (vgl. unten § 201, 202).

8. Für eigentliche Lehnsschulden haftet der Vasall nicht mit seinem Allodialvermögen (oben II. § 126 N. 11, 12).

9. Bei den ältern Gewerkschaften, bei welchen das Bergwerk von den Gewerken nach den Grundsätzen von der communio und societas besessen wird, haften die Gewerken für die Bergwerksschulden nur mit ihrem Antheil am Bergwerk und werden durch Verzicht auf denselben frei (oben I. § 59 N. 14; II. § 143 N. 56 ff.).

---

[24]) Nach der Entsch. d. Preuß. O. Trib. (in Simon und Strampff Rechtssprüche der preuß. Gerichtshöfe II. 1830 S. 248 ff.) kann vertragsmäßig die beschränkte Haftung festgesetzt werden, indem der Empfänger eines Darlehns in der Schuldverschreibung erklärt, daß er seinem Gläubiger für die geliehene Summe ein bestimmtes Grundstück mit ausdrücklicher Ausnahme seines Mobiliar- und anderweiten Vermögens und seines sonstigen Einkommens dergestalt verpfände, daß der Gläubiger sich nur rein an das Grundstück halten solle.

[25]) HGB. art. 680. — Vgl. auch Preuß. Ldr. II. 8. § 2426—2428.

10. Die Schiffsrheder haften für gewisse Schiffsschulden nur mit Schiff und Fracht (fortune de mer)[26].

11. Die Beiträge zur großen Havarei und zu den Bergungskosten haften auf den betreffenden Gütern; ihr Empfänger ist nur „bis zum Werthe, welchen die Güter zur Zeit ihrer Auslieferung hatten", verpflichtet[27]).

12. Wird eine Handelsgesellschaft aufgelöst oder tritt ein Socius aus ihr aus, so hört nach 5 Jahren die solidarische Verhaftung der Gesellschafter, resp. des ausgeschiedenen Socius auf. Aber „ist noch ungetheiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden, so kann dem Gläubiger die fünfjährige Verjährung nicht entgegengesetzt werden, sofern er seine Befriedigung nur aus dem Gesellschaftsvermögen sucht" (HGB. art. 147).

13. Die Erbschaftsschulden werden durch Erwerb der Erbschaft Schulden des Erben; aber er haftet entweder allgemein nach Gesetz, oder in Folge seinen Antritts cum beneficio inventarii nicht über den Belauf der Erbschaft hinaus (V. § 285 VI.).

14. Durch Verträge eines Haussohnes oder einer Ehefrau wird nur deren freies Vermögen, über welches sie die Verfügung haben, verhaftet.

III. Auch die aktive Seite der Obligation, die Gläubigerschaft steht in einer Reihe von Fällen nach Deutschem Recht nicht einem bestimmten Individuum und dessen Universalsuccessoren zu, sondern gilt als ablösbar von dem ursprünglichen Gläubiger und fällt in einzelnen Fällen demjenigen zu, welcher eine bestimmte

---

[26]) Heise u. Cropp I. S. 468 ff., 471 f., 493 ff. (zu den dortigen Stellen vgl. noch Hamb. Schiffsrecht art. 34, Hamb. rev. Statt. II. 17. 7). — Preuß. Ldr. II. 8. § 1529, 1531. Nach dem letzten Paragraph tritt die Verhaftung mit dem ganzen Vermögen ein, wenn der Rheder das Schiff auf's neue in See gehen läßt; dem entspricht vollkommen der Satz, daß man vom Thierschaden durch noxae datio sich nur dann befreit, wenn man das Thier sofort nach der Kunde vom Schaden aufgiebt (vgl. unten § 202). — HGB. art. 452—454, 468, 479 Abs. 3, 736, 774 Abs. 4, 5, 776, 777. — Nach älterm Recht galt auch der Satz, daß der Besitzer von Fuhrwerk für den Schaden, welchen sein Knecht mit demselben angerichtet hat, nicht weiter als mit dem Fuhrwerk haftet; vgl. § 202 N. 9, und die Bestimmung des Preuß. Ldr. in § 201 N. 30.

[27]) HGB. art. 728 vgl. mit 727, 755 vgl. mit art. 753.

Sache erwirbt. Indem wir hier davon absehen, daß durch die Cession die Forderung selbst, nicht bloß ihre Ausübung übertragen wird (§ 117 N. 7 ff.), und daß bei den Ordrepapieren durch Indossament der Inhalt der Forderung losgelöst von ihren individuellen Beziehungen übergeht (§ 178. I. 1), und auf die frühere Darstellung darüber verweisen, daß aus gewissen einseitigen Versprechen Derjenige Gläubiger wird, welcher die Bedingung des Versprechenden erfüllt (oben § 171), stellen wir hier solche Fälle zusammen, in welchen die aktive Seite der Obligation mit dem Besitz oder Eigenthum einer Sache verknüpft ist. Auch hier handelt es sich nicht um ein allgemein wirksames Prinzip, sondern um vereinzelte Erscheinungen, durch welche die Bedürfnisse des Verkehrs in mannigfacher Weise befriedigt werden:

1. Aus Inhaberpapieren kann jeder Inhaber derselben die Forderung geltend machen.

2. Zahlreiche Reallastberechtigungen sind als Realrechte konstituirt, so daß der Eigenthümer des berechtigten Guts forderungsberechtigt ist (vgl. oben II. § 103. II.)[28]).

3. Wo die Regel „Kauf bricht nicht Miethe" gilt, geht die Forderung des Vermiethers gegen den Miether durch Veräußerung des Grundstücks auf den Erwerber über[29]).

4. Das Wiederkaufsrecht, welches sich der Veräußerer einer Parzelle bestellen läßt, geht nach dem Preuß. Landr. I. 11. § 313 eo ipso auf den Erwerber des Hauptguts über.

5. Auch die nach dem Gesetz dem Besitzer von Lehn, Bauergütern, Familienfideikommissen resp. dem Lehnsherrn oder Gutsherrn zustehenden Rechte auf Rückerwerb veräußerter Parzellen gehen ohne weiteres auf den Gutserwerber über; sie stehen ihm nicht als Individuum, sondern als Eigenthümer und Besitzer des Hauptguts zu.

---

[28]) Eine Parallele bietet die römische servitus oneris ferendi, bei welcher der Eigenthümer des praedium dominans eine Forderung auf Unterhaltung der Mauer gegen seinen Nachbar hat; vgl. Windscheid § 211[a] N. 3.

[29]) Vgl. unten § 286. 2. — Er hat aber nur die Forderung auf die künftig fällig werdenden Miethszinse, nicht auf die Rückstände, Rechtsb. n. Dist. II. 4. d. 16.

6. Schon nach Römischem Recht[30]) konnte, wenn der Ablauf des Regenwassers vom Nachbar geändert war, der Grundeigenthümer auf Wiederherstellung des früheren Zustandes klagen, und zwar hatte diese Klage der Eigenthümer als solcher, nicht derjenige, welcher zur Zeit der Abänderung der Eigenthümer war. Ebenso gehen auch nach Deutschem Recht die Ansprüche auf Schadensersatz auf den späteren Erwerber des geschädigten Grundstücks über[31]).

7. Nach Partikularrecht geht der Anspruch aus dem Feuerversicherungsvertrage über Immobilien ohne weiteres auf den Erwerber des Grundstücks über[32]). Dieser Satz ist aber nur Partikularrecht[33]) und insbesondere bestimmt das Handelsgesetzbuch art. 904 für die Seeversicherung, daß dem Erwerber des versicherten Gegenstandes die Rechte aus dem Versicherungsvertrage übertragen werden können, also auf ihn nicht eo ipso mit der Veräußerung übergehen[34]).

8. Nach neuerer Praxis geht das Recht ein Stück aufführen zu dürfen, welches ein Theaterunternehmer für seine Bühne erwirbt,

---

[30]) Windscheid II. § 473 N. 19.

[31]) Koch zum Preuß. Ldr. I. 6. § 80.

[32]) Preuß. Ldr. I. 8. § 59, II. 8. § 2163, Entsch. des ROH. Ger. V. S. 1 ff. (Preuß. R.); anderer Ansicht Förster II. (2. Aufl.) § 145 N. 88 ff., 119, 120, welcher unter Berufung auf Preuß. Ldr. II. 8. § 2280 Cession fordert. — Sächs. Ges. v. 23. Aug. 1862 § 92 (oben II. § 112 N. 39), Ges. v. 25. Aug. 1876 § 121, 122, Haubold § 215[b] N. p. — Meckl. R., v. Meibom Meckl. Hyp. R. S. 212 N. 50. — Nach zahlreichen Feuersocietätsreglements, Entsch. des ROH. Ger. V. S. 6 f. — Nach der französischen Jurisprudenz, angeführt bei Malß in Goldschm. Ztschr. VIII. S. 371—373 (der sich selbst gegen diese Ansicht erklärt). — Schweiz. Entw. v. 1877 art. 760 Abs. 1: „Wenn der Versicherungsgegenstand veräußert worden ist, so spricht die Vermuthung dafür, daß auch die Rechte aus der Versicherung auf den Erwerber übertragen worden sind." Das Gesetz selbst regelt nicht das Versicherungsrecht.

[33]) Lippmann in Jhering's Jahrbb. VII. S. 21—37 behauptet, daß nach gemeinem Rechte der Käufer einen Anspruch gegen seinen Verkäufer auf Abtretung der Versicherungssumme hat; vgl. auch Windscheid § 264 N. 6, § 389 N. 11, Kübel in Malß Ztschr. f. Vers. Recht II. S. 70 ff.

[34]) Ebenso Zürich. GB. § 1736. — Nach französ. Versicherungsstatuten wird durch Veräußerung von Mobilien und Cession der Police die Versicherung nicht übertragen, außer wenn der Versicherer seine Zustimmung zu diesem Uebergange ertheilt hat, Malß Ztschr. I. S. 144.

auf den folgenden Unternehmer von selbst durch bloße Uebernahme der Bühne über[35]).

IV. Während nach dem gemeinem Recht eine Obligation dadurch untergeht, daß Forderung und Schuld in derselben Person zusammen kommen, weil Niemand sein eigner Gläubiger sein kann[36]), gilt dieser scheinbar selbstverständliche Satz nicht überall nach modernem Recht[37]). So wie nicht unbedingt ein jus in re aliena dadurch untergeht, daß der Berechtigte zugleich Eigenthümer der belasteten Sache ist[38]), finden sich analoge Erscheinungen im Gebiet des Obligationenrechts. Erwähnt ist dies bereits für die Reallasten, welche — obgleich obligatorische Rechte — in wesentlichen Beziehungen den Regeln des Immobiliarsachenrechts unterliegen: sie erlöschen nicht, wenn sich das Grundstück vorübergehend im Besitz des Berechtigten befindet oder wenn es vorübergehend ohne Besitzer ist, so daß es zeitweise an einem verpflichteten Subjekt fehlt (oben II. § 103 V.)[39]).

Aus dem modernen Recht sind folgende Fälle hervorzuheben: der Eigenthümer erwirbt eine auf seinem Grundstück eingetragene Hypothekenforderung oder der Hypothekengläubiger wird Eigenthümer des belasteten Grundstücks (oben II. § 113. 5); ein Inhaberpapier kehrt zum Aussteller zurück; der Acceptant, Trassant oder ein früherer Indossant erwirbt die Wechselforderung durch ein In-

---

[35]) Entsch. des ROH. Ger. XII. S. 319 ff., 359 ff., XXIII. S. 364 f.; vgl. auch Nissen in Goldschm Ztschr. XVIII. S. 358 f., Dernburg II. § 13. 3. Gelegentlich erwähne ich noch die Dresd. Entsch. (Ztschr. f. Rechtspfl. Sachsens N. F. XLIV. S. 419 ff.) über den Uebergang des Rechts auf das Ablösungskapital bei Veräußerung eines Grundstücks.

[36]) Windscheid § 352. Vgl. auch Preuß. Ldr. I. 16. § 476, Sächs. GB. § 132.

[37]) Die meines Wissens einzige eingehendere Behandlung dieser Erscheinung findet sich bei v. Jhering Jahrbb. X. S. 441 ff., der für sie den Namen „passive Gebundenheit" eingeführt hat.

[38]) In Betreff der Dienstbarkeiten vgl. oben II. § 97. 1.

[39]) Schon nach altem Recht konnte ein Hausbesitzer, welcher eine Rente ablöst und sich den Rentenbrief aushändigen läßt, den Brief von neuem begeben, ohne daß es einer neuen obrigkeitlichen Mitwirkung zur Constituirung der Rente bedurfte (Höpken im Bremer Jahrb. VI. S. 202 ff.): so lange der Rentenbrief sich bei ihm befindet, nahm man nur ein Ruhen, aber kein Erlöschen der Rentenverpflichtung an.

dossament[40]). In diesen Fällen wird die Obligation nicht getilgt. Ebenso geht sie auch nicht unter, wenn das Grundstück oder das Inhaberpapier zeitweise keinen Besitzer hat[41]). Auch kann eine Obligation in der Weise begründet werden, daß Schuldner und Gläubiger zunächst dieselbe Person sind und die Wirksamkeit der begründeten Obligation dann eintritt, wenn durch spätere Thatsachen eine Trennung der beiden Seiten der Obligation erfolgt. Die hauptsächlichsten Fälle sind: der Eigenthümer eines Grundstücks läßt eine Hypothek oder Grundschuld zu seinen Gunsten eintragen (oben II. § 111. 7); der Aussteller eines Wechsels beauftragt sich selbst eine Summe an eine dritte Person zu zahlen (trassirt-eigener Wechsel).

Den genannten Fällen ist gemeinsam, daß die Obligation entweder durch einen Akt mit publica fides begründet ist und ihre Existenz so lange angenommen wird, bis sie ein contrarius actus vernichtet hat[42]), oder daß die Forderung in einem für den Verkehr bestimmten Papier verkörpert ist und erst mit der Cassation desselben der Untergang der Obligation eintreten soll[43]). So lange die Vereinigung der Gläubiger- und Schuldnerseite stattfindet, kann die Obligation nicht geltend gemacht werden, aber es wird eine Verpflichtung in latentem Zustande zu dem Zweck angenommen, um

---

[40]) Die verschiedenen Fälle des Zusammentreffens beim Wechsel vgl. bei Thöl Wechselrecht § 326.

[41]) Das Preuß. Ldr. I. 16. § 479 bestimmt für solche Fälle: „Ist der Vertrag oder die Handlung, wodurch die Vereinigung erfolgt, widerruflich, so ruhen die Rechte und Pflichten nur so lange, als die Vereinigung dauert."

[42]) Oestr. GB. § 1446: „Rechte und Verbindlichkeiten, welche den öffentlichen Büchern einverleibt sind, werden durch die Vereinigung in Einer Person nicht aufgehoben, bis die Löschung aus den öffentlichen Büchern erfolgt ist."

[43]) Die spezielle Bestimmung des gemeinen Rechts, daß die Schulden und Forderungen des Erblassers, welche zwischen ihm und dem Erben bestanden, nicht untergehen, wenn der Erbe die Erbschaft cum beneficio inventarii antritt (Windscheid III. § 606. 3), hat auch in den Partikularrechten Anerkennung gefunden; Preuß. Ldr. I. 16. § 486, 487, 489 vgl. auch 490, 491, Oestr. GB. § 802, Sächs. GB. § 2378, Roth § 370 N. 65 ff. — Ebenso leben die durch die Erbantretung in Folge von Confusion untergegangenen Obligationen wieder auf, wenn der Erbe die Erbschaft als Universalfideikommiß herausgiebt, Windscheid § 665 N. 4[a], Preuß. Ldr. I. 16. § 481, Roth III. § 315 N. 104, 105, § 369 N. 7 ff., § 394 N. 38, 39.

durch nachfolgende Uebertragung der einen Seite auf andere Personen die Obligation wirksam werden lassen.

§ 176. Mehrheit der Subjekte.

A. Wenn mehrere Personen demselben Gläubiger zusammen etwas schulden, besteht nach römischem, wie nach deutschem Recht eine doppelte Möglichkeit: a) jeder der Mehreren ist nur auf einen Theil verpflichtet; es bestehen mehrere Obligationen unabhängig neben einander, deren jede zum Inhalt nur einen Theil der geschuldeten Leistung hat; die Tilgung oder Nicht-Tilgung der einen Obligation ist ohne Einfluß auf den Bestand der andern. Oder b) die Mehreren sind zusammen verpflichtet; für keinen tritt früher eine Befreiung ein, als bis der Gläubiger vollkommen befriedigt ist. In dem letzteren Fall unterscheidet das Pandektenrecht zwischen solidarischer und Correalobligation. Worin aber sich diese beiden unterscheiden, ist bisher weder in der Doktrin auch nur annähernd festgestellt worden, noch hat sich darüber eine gleichmäßige Praxis herausgebildet. Die Frage nach dem Unterschied und nach dem Geltungsgebiet der correalen und der solidarischen Obligation ist eine unentschiedene Controverse geblieben, welche auf das praktische Recht Deutschlands keinen erheblichen Einfluß geübt hat. Daraus erklärt es sich, daß die Sätze des älteren Rechts über die Gesammtobligation in der Zeit der Reception bestehen blieben und auch in den modernen Codifikationen ihre Herrschaft behauptet haben und höchstens in einzelnen Beziehungen vom römischen Recht modificirt worden sind[1]).

---

[1]) In Betreff des gemeinen Rechts verweise ich einfach auf Windscheid II. § 292 ff., dessen Darstellung in den Noten die Trostlosigkeit der Doktrin und Praxis zur Erscheinung bringt; vgl. auch Bruns in d. Encykl. § 47, für das Preuß. R. Dernburg II. § 47 ff., für das Oestr. R. Hasenöhrl das österr. Obligationenrecht I. 1878 S. 84—159. — Für das deutsche Recht vgl. Stobbe Vertragsrecht S. 138—178, Gierke Genossenschaft II. S. 957, Förster I. § 63. Zachariä II. § 298. — Ueber einzelne Fragen Goldschmidt Ueber den Einfluß von Theilzahlungen eines Solidarschuldners auf die Rechte des Gläubigers gegen andere Solidarschuldner, in s. Ztschr. XIV. S. 397 — 441, ferner Goldschmidt Ztschr. XV. S. 301 ff.

I. Die mittelalterlichen Quellen halten die beiden Fälle auf das bestimmteste auseinander: die einfache Verpflichtung Mehrerer, bei welcher jeder definitiv einen Theil schuldet (enen del loven, schlecht loven, Verpflichtung auf die anzahl [die pars quota]) und die Verpflichtung zur gesammten Hand[2]). Das regelmäßige ist die Verpflichtung auf einzelne Theile; die Verpflichtung zu gesammter Hand beruht für einzelne Arten von Obligationen auf Gesetz; ist sie in andern Fällen vertragsmäßig beabsichtigt, so bedarf es einer ausdrücklichen Willenserklärung.

Die Theilverpflichtung oder schlichte Verpflichtung erfordert keine eingehendere Darstellung: von Anfang an bestehen hier mehrere Obligationen, jede auf einen Theil des Ganzen. Das Rechtsverhältniß ist also von der römischen solidarischen Obligation zu unterscheiden, bei welcher durch Vorschützung des beneficium divisionis das Objekt der Leistung auf die einzelnen Schuldner vertheilt worden ist[3]).

Verschieden davon ist die deutsche solidarische Verpflichtung. Im Verhältniß zum Gläubiger macht es keinen Unterschied, wenn etwa von den Mehreren nur Einer materiell verpflichtet ist und die andern zu gesammter Hand zu ihm getreten sind, um dem Gläubiger durch ihre Mitverhaftung eine größere Sicherheit zu gewähren: sie sind alle gleichmäßig verpflichtet. Schon der Ausdruck gesammte hand, welcher in verwandter Weise dem Sachenrecht angehört (vgl. II. § 81, 82, 121), weist darauf hin, daß es sich nicht um Quoten handelt, sondern daß die mehreren Schuldner zusammen für die ganze Leistung verpflichtet sind: keiner ist auf einen Theil, nicht jeder für sich auf das Ganze, sondern sie sind alle zusammen, aber ohne Quotentheilung auf das Ganze verpflichtet.

Wo die Parteien die Gesammtverpflichtung wollen, bedarf es einer besondern Willenserklärung[4]), welche in alter Zeit nicht bloß durch Worte, sondern noch durch ein Symbol (sie haben ihre Hände in einander gelegt) abgegeben wurde; sie wollen conjuncta oder

---

[2]) Vgl. die Quellenstellen, welche den Gegensatz hervorheben, bei Stobbe S. 139 ff.

[3]) Stobbe S. 142—145.

[4]) Stobbe S. 148; Wasserschleben Rechtsq. I. S. 265 f.; denn für die Theilverpflichtung ist zu präsumiren.

pari manu, in solidum, mit gesamter hand, to samene, unverscheidenlich verpflichtet sein. Der Bürge, welcher mit dem eigentlichen Schuldner zu gesammter Hand haften will, erklärt, er verpflichte sich als Selbstschuldner. Ueberdies aber trat für gewisse Rechtsverhältnisse die Gesammtschuld nach dem Gesetz ein: so für die mehreren Mitglieder einer Handelsgesellschaft[5]), für die mehreren Besitzer von Theilen eines Bauerguts, auf welchem eine Reallast ruht[6]), für die Erben wegen der Erbschaftsschulden, indem der Gläubiger sich an denjenigen unter ihnen hält, an welchen er will[7]). In der weitern Ausbildung des Gesammtschuldverhältnisses treten aber zwei verschiedene Richtungen hervor:

a) Nach vielen Quellen hat der Gläubiger freie Wahl, ob er alle zusammen oder Einen oder einige von ihnen auf das Ganze oder einige auf beliebige Theile belangen will[8]); keiner hat die Einrede der Theilung oder ist befreit, bevor die Schuld ganz bezahlt ist[9]). Um diese Wirkung unzweifelhaft zu erreichen, kommt

---

[5]) Lüb. R. bei Hach IV. 7, revid. Lüb. R. III. 9. art. 5.

[6]) Oben II. § 103. IV.; auch Mittermaier I. § 174. no. 8, 9.

[7]) Wenn mehrere mittelalterliche Quellen bestimmen (vgl. Stobbe in Bekker's und Muther's Jahrb. V. S. 316 ff.), daß die Erben pro rata ihres Erbtheils verpflichtet sind, so wollte man zum Theil damit nur sagen, daß für die Erben unter einander die Quotentheilung eintrete; denn es wird öfter ganz direkt ausgesprochen, daß sich der Gläubiger hält, an wen er will, und daß der Miterbe, welcher mehr als seinen Theil gezahlt hat, die übrigen in Regreß nimmt: altes Landbuch der March v. 1449. § 66 (Kothing Rechtsquellen v. Schwyz), Landbuch v. Glarus bei Bluntschli Privatr. § 204 N. 4 (vgl. auch Bluntschli Zürich. Rechtsgesch. II. S. 315 ff.), Lütticher R. des 16. Jahrh. § 143 (Warnkönig Beitr. z. G. des Lütticher Gew. Rechts): Creditor potest unum ex pluribus apprehensoribus bonorum defuncti pro debito defuncti convenire, estque in ejus arbitrio unum solum pro toto aut omnes pro totis in jus vocare. — Auch wird bisweilen bestimmt, daß die Schulden vor der Erbtheilung zu bezahlen sind (Hamb. R. III. 15, Siegel Erbr. S. 179 f.) und daß, wenn die Erbschaft vorher getheilt ist, jeder in solidum haftet, Recht v. Pfeffers § 71 (Grimm Weisth. VI. S. 374), Basler Ges. von 1648 (Rechtsq. v. Basel I. no. 371).

[8]) Belege bei Stobbe S. 157 f.; auch die Urk. v. 1398 bei Lörsch und Schröder no. 206 (1. Aufl.).

[9]) Ist der eine Prinzipalschuldner, der andere Bürge, so wird der letztere dadurch nicht frei, daß der Hauptschuldner wegen Nichtbezahlung dem Gläubiger überantwortet ist, System. Schöffenr. III. 2. 89.

es seit der Bekanntschaft mit dem Röm. Recht öfter vor, daß die Gesammtschuldner auf das beneficium divisionis Verzicht leisten[10]).

b) Nach andern Quellen darf der Gläubiger jeden Gesammtschuldner zunächst nur auf eine Quote belangen, doch bleiben im Fall, daß Einige insolvent oder nicht zu belangen sind, sie Alle verpflichtet, bis die Schuld ganz bezahlt ist, so daß sie die Quoten der nicht zahlenden zu übertragen haben[11]). Es unterscheidet sich also diese Gestaltung von der römischen Verhaftung mehrerer correi, welche durch Vorschützung der exceptio divisionis den Gegenstand der Leistung unter sich vertheilt haben; denn nach Römischem Recht schadet die nach der Vertheilung eintretende Insolvenz einzelner Schuldner nicht den übrigen, wogegen nach deutschem Recht sie so lange verhaftet bleiben, bis die ganze Schuld bezahlt ist[12]).

Tritt zu dem eigentlichen Gegenstande der Obligation noch eine weitere Verpflichtung hinzu, z. B. den Schaden im Falle einer mora zu ersetzen, so geht auch sie auf die sämmtlichen Gesammtschuldner über[13]). Verträge der Gläubiger mit einem Gesammtschuldner kommen auch den übrigen zu gute, z. B. daß der Termin für die Leistung ein späterer oder daß ein Schuldner frei sein soll. Doch kommt in der letzteren Beziehung auch die entgegengesetzte Auffassung vor, daß durch den Erlaßvertrag mit einem Schuldner nicht die ganze Obligation, sondern nur eine Theilobligation zerstört wird und die andern Gesammtschuldner noch weiter auf ihre Quote verpflichtet bleiben[14]). Hatte ein nach innen hin nur auf einen Theil verpflichteter Schuldner mehr als seinen Theil oder ein mit Bezug auf das innere Verhältniß subsidiär verpflichteter Bürge statt des eigentlichen Schuldners gezahlt, so hat er nach deutschem Recht, auch ohne daß er sich vom Gläubiger dessen Forderung cediren läßt,

---

[10]) Stobbe S. 165 N. 13. Vgl. auch die Urk. in Tzschoppe und Stenzel Urk. B. S. 87 N.

[11]) Stobbe S. 161 ff.; Frankfurter Urth. v. 1442 bei Lörsch u. Schröder no. 267, Steiermärk. Landr. art. 123, 128; über die Züricher Einzinserei Bluntschli Zürich. RG. II. S. 235 ff.

[12]) Stobbe S. 165 f., Windscheid § 479 N. 10.

[13]) Stobbe S. 166 f.; Wasserschleben Rechtsq. I. S. 253 f.

[14]) Stobbe S. 167 ff.

den Regreß gegen diejenigen, welche durch seine Leistung dem Gläubiger gegenüber befreit wurden[15]).

II. Manche Reformationen und sonstigen Quellen der Receptionszeit stellen Regeln für das Rechtsverhältniß der mehreren Schuldner auf, aber ohne den römischen Unterschied zwischen solidarischen und Correalobligationen aufzunehmen. Gemäß der im ältern Recht zum Theil vorhandenen Auffassung, daß die Gesammtschuldner prinzipaliter nur pro rata haften, enthalten sie den römischen Satz, daß der auf das Ganze belangte Gesammtschuldner, falls er nicht auf diese Rechtswohlthat verzichtet hat, vor der litis contestatio die exceptio divisionis vorschützen dürfe[16]); doch sollen wenn einzelne von ihnen nach der Vertheilung insolvent werden, die übrigen noch weiter verhaftet sein[17]). Wer mehr, als wozu er dem innern Verhältniß nach verpflichtet ist, geleistet hat, kann ohne weiteres Regreß nehmen[18]).

III. Auch in die modernen Gesetzgebungen ist der römische Unterschied von Correal- und solidarischen Obligationen nicht übergegangen[18a]) und hat sich auch in der Praxis nirgends erheblich geltend gemacht. Vielmehr haben die deutschen Rechtsauffassungen sich in wichtigen Beziehungen erhalten und in den Codifikationen ziemlich übereinstimmende Anerkennung gefunden.

1. Die Gesammtverpflichtung beruht entweder auf Gesetz oder auf dem Willen der Contrahenten. Haben sich mehrere Personen

---

[15]) Stobbe S. 171—174; auch Ldr. v. Habeln II. 5 (Pufend. I. p. 16). — Wenn sich bisweilen, z. B. in den Urkunden von Brügge bei Brunner in Goldschm. Ztschr. XXII. S. 28 ff., 38 f. der leistende Schuldner ausdrücklich den Regreß vorbehält, so ist das wohl auf den Einfluß des Röm. Rechts zurückzuführen; nach deutschem Recht versteht sich der Regreß von selbst.

[16]) Wormser Ref. V. 3. 1. § 5, Jül. Berg. Ldr. 105 § 3, Solmser LO. II. 16. § 3, Frankf. Ref. II. 16. § 5, II. 25. § 1, Nürnb. Ref. v. 1564 XIX. 2. § 2, 3. — Anders lautet die ältere Nürnb. Ref. v. 1522 XXVIII. 20, übergegangen in die Statt. v. Dinkelsbühl v. 1738 IX. § 3 (Arnold II. S. 321).

[17]) Nürnb. Ref. v. 1564 XIX. 2. § 6.

[18]) Nürnb. Ref. v. 1564 XIX. 2. § 7. — Dagegen ist der Regreß vom beneficium cedendarum actionum abhängig in der Wormser Ref. V. 3. Tit. 1. § 7, Frankf. Ref. II. 16. § 6.

[18a]) Daß dem Oesterr. Recht diese Unterscheidung vollkommen fremd ist, Hasenöhrl Oestr. Obl. R. I. 1. S. 94 ff.

in demselben Vertrage dem Gläubiger zu einer Leistung verpflichtet, so tritt eine Gesammtverpflichtung nur dann ein, wenn die Absicht der solidarischen Verbindlichkeit ausdrücklich erklärt oder aus den Umständen mit Sicherheit anzunehmen oder wenn sie für derartige Fälle vom Gesetz vorgeschrieben ist. Die Vermuthung spricht im allgemeinen für die Theilschuld[19]). Doch stellt die entgegengesetzte Präsumtion das Preuß. Landrecht I. 5. § 424, 425 und das Handelsgesetzbuch art. 280 auf[20]).

Eine ausdrückliche Erklärung der solidarischen Verhaftung ist vorhanden, wenn die Schuldner das Versprechen „zur ungetheilten Hand", „Einer für Alle und Alle für Einen", „sammt und sonders", „solidarisch", „correal" abgegeben haben. Daß die Schuldner stillschweigend die Solidarität gewollt haben, ist anzunehmen, wenn sie denselben Schuldschein unterzeichnen[21]).

Für gewisse Fälle einer gemeinschaftlichen Verpflichtung gilt gegenwärtig die Correalität, sei es auf Grund alten Gewohnheitsrechts, sei es in Folge neuerer gesetzlicher Bestimmungen:

a) Während nach Römischen Recht die Erbschaftsschulden eo ipso als unter die mehreren Erben vertheilt erscheinen, hat sich in einzelnen neueren Partikularrechten die ältere Auffassung erhalten, daß sie Gesammtschulden seien. Sie sollen wo möglich vor der Theilung des Nachlasses berichtigt werden; nach der Theilung haften die Erben als Gesammtschuldner. So sind nach Preuß. Recht[22])

---

[19]) C. civ. 1202, Oestr. GB. § 888, 889, 891, Sächs. GB. § 663, 1038, Dresden. Entw. art. 13, Schweiz. Obl. R. art. 79, 80, 162 ff.

[20]) „Wenn zwei oder mehrere Personen einem Andern gegenüber in einem Geschäft, welches auf ihrer Seite ein Handelsgeschäft ist, gemeinschaftlich eine Verpflichtung eingegangen sind." — Ist von den mehreren Schuldnern nur für den Einen das Geschäft ein Handelsgeschäft, so hat die Obligation auf seiner Seite den solidarischen Charakter und kann er nicht die Einrede der Theilung geltend machen, Entsch. des ROH. Ger. XXII. S. 63 ff.

Ebenso wird nach dem Zürich. GB. § 936 vgl. mit § 935 und 948 für eine Gesammtschuld präsumirt, aber in der oben I. b. historisch nachgewiesenen Gestalt, daß die Einzelnen prinzipaliter pro rata, subsidiär für das Ganze haften.

[21]) Förster § 63 N. 57; mehrere Entscheidungen bei Seuffert XXIV. no. 108.

[22]) Förster I. § 100 N. 20 ff., IV. § 271 N. 5 ff. Suarez bezeichnete die römische Vorschrift als „gegen die ersten Grundsätze des Rechts und selbst

die Erben den Gläubigern gegenüber solidarisch verhaftet, wenn auch nach innen hin die Schuld als vertheilt erscheint (Preuß. Ldr. I. 17. § 127, 128). Ist der Nachlaß vor Erfüllung der gemeinschaftlichen Verbindlichkeiten vertheilt worden, so kann der Gläubiger die Miterben insgesammt oder jeden pro rata oder Einen auf das Ganze in Anspruch nehmen und behält auch, wenn von den in Anspruch genommenen keine oder nur theilweise Befriedigung zu erlangen ist, die Klage gegen die übrigen Miterben (I. 17. § 131 —133, 136). Dagegen darf er sich an die Einzelnen nur pro rata halten, wenn ihm die bevorstehende Theilung angezeigt wurde und er seinen Anspruch nicht binnen bestimmter Zeit anmeldete (I. 17. § 137 ff.). — Nach Oestreichischem Gesetzbuch § 550 haften die Miterben vor der gerichtlichen Einantwortung der Erbschaft Alle für Einen und Einer für Alle, d. h. es werden die Schulden aus der gesammten Erbmasse bezahlt[23]). Nach der gerichtlichen Einantwortung haften sie nur, wenn sie ohne beneficium inventarii angetreten haben, Alle für Einen und Einer für Alle, d. h. solidarisch mit Regreßanspruch gegen die durch ihre Leistung befreiten Miterben; haben sie aber cum beneficio inventarii angetreten, so gilt die ratenmäßige Verhaftung (Oestr. GB. § 820, 821)[24]). Dagegen ist dem Röm. Recht gemäß die Verhaftung pro rata im Französischen und im Sächsischen Gesetzubch durchgeführt[25]).

b) Gegenüber dem Röm. Recht hat sich der altdeutsche Satz, daß Gesellschafter, namentlich Handelsgesellschafter solidarisch verpflichtet sind, durch die verschiedenen Jahrhunderte erhalten[26]); für

---

gegen die natürliche Billigkeit" verstoßend. Förster bekämpft energisch die Preußische Bestimmung. Jedenfalls ergeben die N. 7 angeführten Zeugnisse des mittelalterlichen Rechts, daß Suarez kein willkürliches Gebilde schuf, sondern nur einen dem deutschen Rechtsbewußtsein entsprechenden Satz wiedergab.

[23]) Unger Erbrecht § 43 N. 1, Hasenöhrl S. 111 ff.

[24]) Unger Erbrecht § 43 N. 5, 6.

[25]) C. civ. 870, 873, 1220, Zachariä § 636, 637, Sächs. GB. § 2324, 2390 vgl. auch mit § 1185, 1289.

[26]) Nürnb. Ref. von 1522 VI. 5, XXX. 6, Frankf. Ref. III. 7. § 12, Dinkelsbühler Statt. XIII. § 5 (Arnold II. S. 328), Basler Ges. v. 1648 (Rechtsq. v. Basel I. no. 371 S. 572), Preuß. Ldr. I. 17 § 239, Schweiz. Obl. R. art. 544, 564. — In Italien war die Frage während des Mittelalters bestritten; doch entschied sich auch hier ebenso wie in Deutschland (Gaill II.

die Handelsgesellschaften ist dies gemeinrechtlich durch das Handelsgesetzbuch bestimmt (Art. 112, vgl. auch 269)[27]).

Die solidarische Verhaftung gilt ferner

c) für die mehreren Unterzeichner einer Wechselverbindlichkeit und für alle im Wechselprozeß regreßpflichtigen Personen[28]),

d) für die mehreren Bürgen[29]),

e) für die mehreren Vormünder[30]),

f) für die Beamten eines Collegiums wegen der durch Versehen oder Vorsatz entstandenen Schäden[31]),

g) nach manchen Partikularrechten für die mehreren Consumenten in Rücksicht auf ihre Alimentationsverbindlichkeit (vgl. unten V. § 262 N. 39 ff.) und überhaupt für Personen, welche wegen einer Verschuldung schadensersatzpflichtig sind[32]).

---

obs. 24 § 9 erklärt sich für die Verpflichtung pro rata) allmählich die Doktrin zu Gunsten der solidarischen Haftung, vgl. die Nachweisungen bei Biener wechselr. Abhh. S. 350 f., Endemann Handelsr. § 34. II., III., Studien I. S. 394 f., 397 f. — Das R.O.H. Gericht (Entsch. III. S. 416) nimmt ein altes Gewohnheitsrecht für die solidarische Verhaftung an.

Einzelne Partikularrechte bestimmen, daß dies nur für die Handelsgesellschaften gelte und im übrigen eine Verpflichtung pro rata bestehe, Haubold § 289ª, Emminghaus S. 598 no. 5, Sächs. GB. § 1378, C. civ. 1862, 63, Oestr. GB. § 1203, Hasenöhrl S. 114 ff.

[27]) Daß die offne Handelsgesellschaft eine communis manus sei, Kuntze in Goldschm. Ztschr. VI. S. 209 ff., 213. — Für Mitrheder bestimmt HGB. art. 474 die Haftung nach „Verhältniß der Größe ihrer Schiffsparten."

[28]) Wechsel-O. art. 81; über die spezielle Ausbildung, welche hier die Correalität gefunden hat, vgl. v. Savigny Obl. R. I. S. 287 f., Hasenöhrl S. 116 ff.

[29]) Preuß. Ldr. I. 14 § 374, Oestr. GB. § 1359, Sächs. GB. § 1458, und unten § 192 N. 19 ff.

[30]) Preuß. Ldr. II. 8 § 288, Preuß. Vorm. O. § 32 Abs. 4, Sächs. GB. § 1958, Dernburg Vorm. Recht S. 79 ff.; Windscheid § 298 N. 9, 10, Hasenöhrl S. 122.

[31]) Preuß. Ldr. II. 10 § 127—129, 136, 137, Sächs. GB. § 1020, Förster II. §. 154 (2. Aufl.) N. 38 ff., Römer Würt. Unterpfandsrecht S. 97 f., Windscheid § 298 N. 9, 10, Hasenöhrl S. 122 N. 60.

[32]) Preuß. Ldr. I. 6. § 29 — 35, Oestr. GB. § 1301, 1302, Sächs. GB. § 777, 1495, 96, Dresdener Entw. art. 218—220, Schweiz. Obl. R. art. 60. — Reyscher § 503 N. 15 ff., Windscheid II. § 455 N. 26 f., Hasenöhrl S. 118 ff. — Für einzelne Fälle Hand. GB. art. 173, 178, 204, 241, 245

2. Im Falle einer deutschen Correalschuld haftet jeder Schuldner auf das Ganze hin; es liegt im Belieben des Gläubigers, „ob er von allen oder von einigen Mitschuldnern das Ganze oder nach von ihm gewählten Antheilen oder ob er es von einem einzigen fordern wolle. Selbst nach erhobener Klage bleibt ihm, wenn er von derselben absteht, diese Wahl vorbehalten und wenn er von dem einen oder dem andern Mitschuldner nur zum Theile befriedigt wird, so kann er das Rückständige von den übrigen fordern[33]).“ Auch wenn der Eine dem innern Verhältniß nach Bürge ist, kann er sich gegen die Klage nicht mit der exceptio excussionis schützen[34]). Obgleich während des Mittelalters nach vielen Rechten der Gesammtschuldner principaliter auf eine Quote und nur subsidiär auf das Ganze verhaftet war (I. b.) und obgleich nach gemeinem Recht durch Vorschützung der exceptio divisionis eine antheilmäßige Vertheilung auf die Mitschuldner erreicht werden konnte, so ist doch die moderne Entwicklung dieser Rechtsgestaltung entgegen und betrachtet jeden Gesammtschuldner als principaliter auf das Ganze verhaftet. Mit Ausnahme des Züricher Gesetzbuchs (N. 20)[35]) haben alle anderen Codifikationen und das Handelsgesetzbuch für den Handelsverkehr die Verpflichtung auf das Ganze angeordnet.

---

u. s. w.; wegen der Verhaftung für Nachdruck Reichsges. v. 11. Juni 1870 § 20 u. s. w. — Windscheid § 298 N. 10, 15. — Ueber einzelne Fälle auch Sächs. GB. § 1020, 1185, 1272, 1289, 1313, 1316, 1350, 1556, 1564.

[33]) So wörtlich nach dem Oestr. GB. § 891; vgl. auch § 1359, ferner Preuß. Ldr. I. 5. § 430, 433, 434, Sächs. GB. § 1019, 1024, C. civ. 1200, 1203, 1204, Zürich. GB. § 940, HGB. art. 281, Dresd. Entw. art. 234, Schweiz. Obl. R. art. 163. — Vgl. auch die bei Stobbe Vertragsr. S. 177 N. 22 angeführte Ansicht von Suarez. — Nach der Praxis von Celle und Kiel (Seuffert XII. no. 12, XX. no. 20) soll der Gläubiger, wenn er den Einen auf das Ganze beklagt hat, nicht einen Andern belangen dürfen, bevor die erste Klage entschieden ist; andere Gerichte lassen mehrere gleichzeitige Klagen gegen correi zu (Lübeck, Wolfenb., Celle, Dresden, Seuffert VI. 257, XIX. 22, XX. 129, XXV. 212).

[34]) Z. B. Oestr. GB. § 1357 und unten bei der Bürgschaft § 192 N. 16.

[35]) Aehnlich nahm die ältere Sächs. Praxis (Hommel rhaps. no. 288, Sächs. Präj. bei Seuffert X. no. 22) an, daß wenn nicht auf das beneficium divisionis ausdrücklich verzichtet sei, trotz des Versprechens „Einer für Alle und Alle für Einen“ der Einzelne nur pro rata unter Verbürgung für die Raten der nicht solventen Mitschuldner verpflichtet sei.

3. Geht ein Gesammtschuldner mit dem Gläubiger lästigere Bedingungen ein, so schaden dieselben nicht der Stellung der Andern[36]). Andererseits nützt auch nicht den übrigen die dem einen Schuldner ertheilte Befreiung (pactum de non petendo)[37]) oder das zu Gunsten eines Schuldners ergangene Urtheil[38]) oder die gegen den Einen eingetretene Verjährung[39]). Und ebenso wenig geht die Verbindlichkeit durch Confusion unter, wenn ein Correalschuldner vom Gläubiger oder umgekehrt beerbt wird[40]). Wird die Zeit für die Erfüllung des Vertrages auf Ansuchen des Einen verlängert, so gereicht das Allen zum Vortheil[41]) und ebenso nützt ihnen auch eine Novation oder ein Vergleich, falls er eine Befreiung enthält[42]). Darüber, ob die durch Anstellung der Klage gegen Einen bewirkte Unterbrechung der Verjährung auch mit Bezug auf die Andern die Klagenverjährung unterbreche, gehen die Partikularrechte auseinander[43]).

4. Der in Anspruch genommene Correalschuldner darf nur

---

[36]) Preuß. Ldr. I. 5. § 438, 439, Oestr. GB. § 894.

[37]) Preuß. Ldr. I. 5. § 437, 442, Oestr. GB. § 894, Sächs. GB. § 1030, Dresden. Entw. § 383, Seuffert XXIII. no. 115, XXIV. no. 109. — Nach dem C. civ. 1285 werden die übrigen frei, wenn sich der Gläubiger nicht bei dem betreffenden Erlaß das Recht gegen sie vorbehält. — Der dem Einen gewährte Erlaß schützt ihn aber nicht, wenn die Mitschuldner die nach innen fortbestehende Verpflichtung im Regreßwege verfolgen, Oestr. GB. § 896, 1363, Seuffert XXIII. 115.

[38]) Preuß. Ldr. I. 5 § 437, Sächs. GB. § 1032, Dresden. Entw. 397.

[39]) Sächs. GB. § 1034, Dresden. Entw. 412, 418.

[40]) Preuß. Ldr. I. 16 § 492—494, Sächs. GB. § 1033, C. civ. art. 1209, Dresden. Entw. art. 387, Seuffert IX. 272, Windscheid § 295 N. 9. — „Doch muß er sich dabei denjenigen Antheil anrechnen lassen, für welchen er als Mitschuldner demjenigen seiner Genossen, welcher den gemeinschaftlichen Gläubiger befriedigt, verhaftet sein würde“, Preuß. Ldr. I. 16 § 494; vgl. auch C. civ. 1209.

[41]) Preuß. Ldr. I. 5 § 441.

[42]) Sächs. GB. § 1028, 1029.

[43]) Die Verjährung ist allgemein unterbrochen, wie nach gemeinem Recht (Windscheid § 295 N. 11), so nach dem Preuß. Ldr. I. 5 § 440, C. civ. 1206, Dresden. Entw. art. 431, Schweiz. Obl. R. art. 155, Seuffert XVI. 4. Sie wird nur zum Nachtheil des einzelnen Schuldners unterbrochen, Sächs. GB. 1035; so auch im Wechselprozeß Wechs. O. art. 80.

solche Einreden vorschützen resp. solche Forderungen compensando geltend machen, welche ihm für seine Person, nicht auch solche, welche den Mitschuldnern nur für ihre Person zustehen[44]).

5. Nach allen neueren Partikularrechten hat derjenige Correalschuldner, welcher mit Rücksicht auf das innere Verhältniß eine fremde Schuld oder mehr, als er selbst schuldig ist, bezahlt, auch ohne Rechtsabtretung von Seiten des Gläubigers den Regreß gegen die von ihm befreiten Personen[45]).

B. Die Grundsätze von der gesammten Hand wurden schon im Mittelalter auf das Verhältniß mehrerer Gläubiger verwendet; doch sind hier die Nachrichten der Quellen spärlicher. Man unterscheidet zwischen Theilforderungen und Forderungen zu gesammter Hand. Ein Gesammtgläubiger kann nach seinem Belieben entweder die ganze Forderung oder den ihm mit Rücksicht auf das innere Verhältniß zukommenden Theil derselben gegen den Schuldner geltend machen; durch Zahlung an einen Gesammtgläubiger oder durch Vergleich mit ihm wird der Schuldner frei[46]).

---

[44]) C. civ. 1208, Sächs. GB. 1027, Zürich. GB. 941, Dresden. Entw. art. 14, 369, 373, Schweiz. Obl. R. art. 164. — Anders nach gemeinem Recht, Windscheid § 350 N. 19, Entsch. d. ROHGer. XII. S. 251 ff.

[45]) Preuß. Ldr. I. 5 § 436, 443—445, Oestr. GB. § 896, 1359, C. civ. art. 1213, 1214, 1216, Zürich. GB. § 942, Sächs. GB. § 1036, Dresden. Entw. art. 16, Schweiz. Obl. R. art. 60, 79, 168. — Vgl. auch Windscheid § 294, 298 N. 12.

[46]) Sachsensp. III. 85 § 2, Hamb. Statt. v. 1270 VII. 8; vgl. auch Wasserschleben I. S. 401 f. c. 46. — Leibrenten für mehrere Personen zusammen werden bald als Theilforderungen bald als Forderungen zu gesammter Hand angesehen, Stobbe Beiträge z. G. des D. Rechts. S. 34 f. — Wasserschleben I. S. 190 f.: wird mehreren Gläubigern mit oder gleich gelobt, so hat Jeder nur ein Recht auf eine Quote. — System. Schöffenr. V. 13, 14: wenn derjenige, welcher drei Gesellen schuldet, dem Einen zahlt, können ihn die beiden Andern um ihre Quote mahnen: ouch mogen ze den schultmann manen und der mag ienen vorbas manen, der daz gelt ufgehabin hat, daz her en von synen gesellin der manunge beneme unde entledige. — Nach einer Mecklenb. Urk. v. J. 1281 (Böhlau Meckl. Landr. I. S. 79 N. 83, vgl. auch S. 88 N. 35) wird im Konkurs des Schuldners derjenige abgewiesen, welcher das Versprechen mit dem Gläubiger empfing (secum susciperet promissum); möglicherweise mißbilligte es das Gericht, daß der adstipulator zugezogen war, um dem auswärtigen Gläubiger durch Vermittlung des hinzu-

Auch die neueren Gesetzbücher regeln die Correalität der Gläubiger; doch bedarf es keines weiteren Eingehens darauf[47]).

§ 177. Uebertragung der Obligationen durch Cession[1]).

1. Wie es scheint war nach dem Recht des Mittelalters die Uebertragung von Forderungsrechten auf eine andere Person nicht ohne weiteres zulässig, gleichviel ob man bloß die Geltendmachung oder die Obligation selbst zu übertragen beabsichtigte[2]); forderungsberechtigt war nur der Gläubiger selbst und sein Erbe[3]). Nur mit Genehmigung des Schuldners durfte der Gläubiger seine Forderung cediren[4]); eine solche Genehmigung konnte aber auch der Schuldner

---

tretenden Mitbürgers des Schuldners eine günstigere prozessualische Stellung zu verschaffen.

Vgl. auch Behrend Stendaler Urtheilsbuch S. 64 f.

[47]) Oestr. GB. § 892, 893, Sächs. GB. § 1019, 1023, 1030, Zürich. GB. § 937, Dresden. Entw. art. 237, Schweiz. Obl. R. art. 169, 170. — Das Preuß. Ldr. I. 5. § 450 enthält die vom Röm. und vom Deutschen Recht abweichende, der Praxis sehr beschwerliche Vorschrift, daß die Mitberechtigten „das gemeinschaftliche Recht in der Regel nur gemeinschaftlich ausüben" sollen, vgl. darüber v. Savigny Obl. R. I. S. 289 f., Förster I. § 63 S. 329 ff., Dernburg II. § 51.

[1]) Für das gemeine Recht vgl. Windscheid § 329—337 und die dort angeführte Litteratur. — Im übrigen Thöl Handelsr. § 324, 338, Gengler Privatrecht (3. Aufl.) § 112. — Förster I. § 99, Dernburg II. § 80—85, Zachariä II. § 359, Schmidt Vorles. § 109, 110, Baumeister I. § 42, Heimbach § 236, Reyscher II. § 525.

[2]) Ich habe früher das Entgegengesetzte angenommen, in Goldschmidt's Ztschr. XI. S. 398 ff., und es ist mir beigetreten Gareis ebendaselbst XXI. S. 379, 380. Entgegengesetzter Ansicht ist unter den Neueren v. Poschinger Befugniß zur Ausstellung von Inhaberpapieren 1870 S. 12 ff., ganz besonders aber Brunner in Goldschm. Ztschr. XXII. S. 518 ff., 522 ff., vgl. auch S. 68 N. 1, S. 92, XXIII. S. 234 ff. Ich glaube, daß er Recht hat. Aber noch ist es durch eingehendere Untersuchungen festzustellen, wann in den einzelnen Theilen Deutschlands die Cessibilität der Forderungen nicht mehr beanstandet wurde.

[3]) In den Urkunden werden oft neben dem Gläubiger seine Erben als forderungsberechtigt genannt. Brunner a. a. O. XXIII. S. 233 N. 3 sagt: „Selbst die Erbenklausel kann nicht ohne weiteres als überflüssig betrachtet werden", beruft sich aber nur auf das englische Recht.

[4]) Kl. Kaiserr. II. 38: Welchem manne ein man schuldig ist, wil er

von vorne herein ertheilen, indem er in der Urkunde versprach, dem Gläubiger oder demjenigen zu leisten, welcher im Auftrage oder mit Willen des Gläubigers diese Urkunde besitzen würde[5]).

Für manche Forderungen verstand sich die Uebertragbarkeit von jeher von selbst, so für diejenigen, welche an Grundstücke oder sonstige Sachen in der Weise geknüpft sind, daß jeder Erwerber derselben auch forderungsberechtigt sein sollte, und sodann für Reallasten, die man ja überhaupt den Regeln des Immobiliarsachenrechts unterwarf (oben § 103 II., § 104 N. 17 ff.). Aber auch für sonstige Forderungsrechte wird seit dem 15. Jahrhundert — wenigstens in vielen Theilen Deutschlands — die Zulässigkeit der Cession nicht mehr bezweifelt[6]) und es herrscht dabei die Ansicht, daß die Forderung durch die Cession aus dem Vermögen des Cedenten in das des Cessionars übergehe.

---

die schulde yeman geben, daz es [er] veste sy, der sal sie geben mit des schuldigen willen, daz sy der schuldig dem antheizze werde, dem er sie heizzet geben; geschiet dez nit, so ist die gift von der schulde unstete. — Wiener Stadtr. (Schuster) art. 19: Der Cessionar darf nur in dem Fall klagen, daz dem chlager daz gelt geschaft sei ze dez gegenwurt der das gelt gelten schol und daz auch er im dazselb gut hab lüben ze geben. — Vgl. auch Syst. Schöffenr. I. 28.

[5]) Darüber genauer unten § 179 im Anfange.

[6]) Breslauer Libri excessuum et signaturarum a. 1423. p. 56 (ungedruckt): der Gläubiger hat sich der Forderung geeusert, sie dem Andern abegetreten und mittenander entreumet und jm genczlichen zugeeignet, also das er domite tun und lassen sal von jm und eyme idermanne ungehindert. — Neumann Magd. Weisth. no. 28. a. 1465: Die beiden Gläubiger geben einem Andern die Forderung „mechtiglich damite zcuthun und zculossin und en beiden (den Gläubigern) keine macht behalden.“ — Ein Fall aus dem Anf. des 15. Jahrh. bei Muther zur Gesch. der Rechtswissenschaft in Deutschland 1876 S. 23 f. — Brügger Schöffenspruch v. 1448 (bei Brunner a. a. O. XXII. S. 23): O. avait cede et transporte audit A. a son uz et propriete tout le droit et action quil povoit avoir en la restitucion dudit change, de laquelle cession et transport il disoit apparoir par certain instrument sur ce fait u. s. w. — Später bedient man sich des Ausdrucks, man cedire „erb- und eigenthümlich“, man „verzeihe sich aller weitern An- und Zusprüche“, Schilter exercitt. ad pand. XXX. § 63.

Von der Cession der Forderung muß man unterscheiden die Vollmacht die Forderung im Prozeß geltend zu machen: einem seine Klage geben ze gewinne und ze fluste, Augsb. Stadtr. (Meyer) S. 234 Abs. 1, Syst. Schöffenr. II. 2, III. 2, 131, Urk. v. 1362 bei Lörsch und Schröder no. 214 (192). — Dar-

Zur Zeit der Reception gelangte in der Theorie allerdings zunächst die römische Auffassung zur Geltung, daß der Cedent noch Gläubiger bleibe und der Cessionar nur ein procurator in rem suam sei. Aber daneben wurde doch auch die Deutsche Rechtsauffassung als lebendige Volksüberzeugung vertheidigt und in der neuesten Zeit hat sie sich zu immer größerem Ansehen erhoben, so daß sie jetzt unbedingt als die herrschende bezeichnet werden darf[7]). Dasselbe gilt von der modernen Praxis[8]) und der gesammten neueren Gesetzgebung.

C. Maximil. Bav. II. 3. § 8: „8vo tritt Cessionarius in alle Rechte des Cedentis, welche durch Gesatz oder Geding nicht besonders ausgenommen seynd, durchgehends ein, und ist der disfalls in Römischen Rechten gemachte Unterschied zwischen dem Dominio vel Exercitio Juris, dann der Actione directa vel utili, nach teutsch- und Landüblichen Rechten als eine unnöthige Subtilität aufgehoben“[9]).

Preuß. Landr. I. 11. § 376, 377: „die Abtretung der Rechte setzt einen Vertrag voraus, wodurch Jemand sich verpflichtet, einem andern das Eigenthum seines Rechts, gegen eine bestimmte Vergeltung zu überlassen. Die Handlung selbst, wodurch das abzutretende Recht dem Andern wirklich übertragen wird, wird Cession

---

über, daß die prozessualische Vertretung im M. A. an erschwerende Formen und Umständlichkeiten geknüpft war, Brunner XXII. S. 518 ff., XXIII. S. 234 ff., 246 ff.

[7]) Vgl. die literarhistorischen Mittheilungen bei Kuntze die Obligation und die Singularsuccession des römischen und heutigen Rechts 1856 S. 18 ff., Bähr in Gerber's und Jhering's Jahrbb. I. S. 402 ff., Windscheid II. § 329 N. 10. — Bähr S. 361 drückt sich z. B. dahin aus, daß wie durch Tradition Eigenthum an einer Sache, so durch Cession das Eigenthum an einer Forderung aus dem Vermögen des Cedenten in das des Cessionars übergehe, vgl. auch S. 395 f., 401 f.

[8]) Z. B. Preuß. O. Trib. (Striethorst XIV. S. 277): die Cession sei „die Tradition des Rechts oder die Handlung selbst, wodurch das Eigenthum des Rechts dem andern übertragen wird“. — Stuttg. (Seuffert XIII. S. 249 no. 246): die Cession sei eine Art Eigenthumsübertragung, der Cessionar werde als der alleinige wahre Gläubiger betrachtet. — München, Seuffert XXXII. no. 127. — Vgl. auch oben II. § 78. 5.

[9]) Kreittmayr rechtfertigt diese Bestimmung in seinen Anmerkungen Thl. II. cap. 3 § 8 no. 6.

genannt"; § 393: „durch die Erklärung des Cedenten, daß der Andere das abgetretene Recht von nun an als das seinige auszuüben befugt sein soll, und durch die Annahme dieser Erklärung, geht das Eigenthum des Rechts selbst auf den neuen Inhaber über."

Oestr. Gesetzbuch § 1392: „Wenn eine Forderung von einer Person an die andere übertragen und von dieser angenommen wird, so entsteht die Umänderung des Rechts mit Hinzukunft eines neuen Gläubigers." § 1394: „Die Rechte des Uebernehmers sind mit den Rechten des Ueberträgers in Rücksicht auf die überlassene Forderung eben dieselben."

Sächs. Gesetzbuch § 968: „Die Abtretung hat die Wirkung, daß der Abtretende aufhört, Gläubiger zu sein, die Erfüllung der Forderung nicht mehr verlangen, über die Forderung nicht weiter verfügen, sie nicht noch ein zweites Mal abtreten kann, überhaupt, aber die Aufhebung der Forderung durch einen ihm oder einem Andern, dem er die Forderung anderweit abgetreten hat, gegenüber wirksamen Erlöschungsgrund ausgeschlossen ist . . . . Der neue Gläubiger tritt an die Stelle des Abtretenden; er hat das Recht, über die Forderung zu verfügen, sie anderweit abzutreten und gegen den Schuldner geltend zu machen."

2. Die Forderung kann auf einen Andern übergehen zufolge eines Rechtsgeschäfts des Cedenten oder einer richterlichen Ueberweisung oder einer gesetzlichen Bestimmung.

Was die Uebertragung durch ein Rechtsgeschäft betrifft, so geht nach deutschem und modernem Recht die Forderung auf den Cessionar sofort mit dem Rechtsgeschäft zwischen ihm und dem Cedenten über und es bedarf zu diesem Zweck keiner Benachrichtigung des Schuldners[10]). Die Forderung gehört nicht mehr zum Vermögen des Cedenten und kann daher auch trotz mangelnder Denunciation nicht mehr von seinen Gläubigern mit Arrest belegt werden[11]). So lange aber dem Schuldner die Cession nicht denunciirt ist, darf er

[10]) Vgl. Bähr a. a. O. S. 407, 414 ff. — Ueber das Römische Recht Windscheid § 331 N. 4, 8.

[11]) Seuffert VII. no. 301 (Lübeck). — Anders XII. 338 (Celle) und nach franz. Recht, Zachariä II. § 359 N. 15.

an den Cedenten zahlen oder sich sonst mit ihm abfinden und dadurch von seiner Schuld befreien[12]).

Hat aber der Schuldner sichere Kenntniß von der Cession, so darf er nur an den Cessionar als seinen Gläubiger zahlen. Und zwar kann nach neuerem Recht die Denunciation, entgegen dem Römischen Recht, welches sie durch den Cessionar fordert, ebensowohl vom Cedenten als vom Cessionar ausgehen[13]). Aber auch wenn er ohne förmliche Benachrichtigung auf anderem Wege sichere Kunde von der Cession erhalten hat, darf er den Cedenten nicht mehr als seinen Gläubiger behandeln; es wäre gegenüber dem Cessionar dolus, wenn er an eine Person zahlte, von der er sicher weiß, daß sie nicht mehr sein Gläubiger ist[14]). Insbesondere darf er, sobald er den Cessionar einmal irgendwie als seinen Gläubiger anerkannt hat, sich nicht mehr darauf berufen, daß es an einer förmlichen Denunciation gefehlt habe[15]). Ist ihm die Cession kund gethan, so

---

[12]) Oestr. GB. § 1395, Sächs. GB. § 972 (so lange keine Benachrichtigung durch das Gericht, den Cedenten oder Cessionar erfolgt ist), vgl. auch § 975.

[13]) Preuß. Ldr. I. 11. § 414, 415, Zürich. GB. § 1032. — Seuffert III. 156, XV. 120. I., XXVII. 119, XXVIII. 217. II. (Stuttg., Cassel, München, Celle). — Bähr S. 418. — Vgl. aber auch die folgende Note.

[14]) Preuß. Ldr. I. 11. § 413: alle Verhandlungen zwischen dem Cessus und Cedens sind zu Gunsten des Ersteren gültig, so lange ihm die erfolgte Cession „nicht gehörig bekannt gemacht worden"; aber § 417: wenn klar erhellt, daß der Schuldner die Cession gewußt und nur um seinen Vortheil mit dem Schaden des Cessionarii zu befördern, sich in diese Verhandlungen eingelassen hat, sollen sie ungültig sein. — Schweiz. Entw. v. 1877 art. 159; das Gesetz enthält keine Bestimmung. — Seuffert XXXI. no. 26 (München). — Bähr S. 414 ff., 487 f. — Ueber die Cession von Hypothekenforderungen oben II. § 113 N. 24.

Dagegen hält die Praxis von Celle den Römischen Standpunkt fest, betrachtet die Denunciation durch den Cedenten für wirkungslos und läßt den Cedenten, so lange der Cessionar nicht denuncirt hat, als Gläubiger handeln, Seuffert XII. 338, XV. 120. III., XXVIII. 217. I.; ebenso Wiesbaden VI. 25. — Seuffert, XIII. 91 (Celle): wohl Benachrichtigung durch den Cedenten oder Cessionar, aber nicht durch einen Dritten.

Von älteren Quellen erwähnt das Stadtrecht von Cleve aus dem 15. Jahrh. tit. 112 § 8 (Zeitschr. f. RG. X. S. 244) auch nur die Benachrichtigung durch den Cessionar. — Die Römischen Bestimmungen hält für die Gegenwart aufrecht Windscheid § 331 N. 9.

[15]) Bähr a. a. O. S. 420, Anerkennung S. 196.

kann er sich gegen dieselbe nicht mit der Ausrede wehren, daß sie zwischen dem angeblichen Cessionar und dem Cedenten simulirt sei; denn auch im Fall der Simulation wird er durch Zahlung an den Cessionar frei und es muß ihm gleich sein, ob er diesem oder dem Cedenten zahlt[16]). Wurde er von einem angeblichen Cessionar getäuscht und zahlte auf Grund einer gefälschten Cession, so bleibt die Forderung des Gläubigers noch weiter bestehen[17]).

3. Die aufgestellten Prinzipien kommen auch dann zur Anwendung, wenn der Gläubiger dieselbe Forderung mehrmals an verschiedene Personen cedirt: nur der erste Cessionar wird Gläubiger[18]). Wenn aber der Schuldner ohne von einer bereits früher erfolgten Cession Kunde zu haben, an einen spätern Cessionar zahlt oder mit demselben ein auf Erlaß gerichtetes Rechtsgeschäft abschließt[19]), wird er von seiner Schuld befreit[20]). Auch wenn er dem zuerst denuncirenden Cessionar zu zahlen verspricht, wird dies Versprechen hinfällig, sobald sich herausstellt, daß derselbe wegen einer andern schon früher erfolgten Cession gar kein Recht hat[21]). Erhielt der spätere Cessionar in bona fide die Zahlung, wird daher der frühere vom Schuldner nicht befriedigt, so kann er sich nur an den Cedenten halten, aber nicht vom spätern Cessionar dasjenige fordern, was dieser zu Unrecht erhalten hat[22]).

---

16) Seuffert XII. 337, XXI. 43, XXII. 34 (Darmst., Berlin, Rostock, Dresden); Entsch. des ROH.Ger. I. S. 185 f. (2. Ausg.), Förster I. § 99 N. 211. — Anderer Ansicht Windscheid § 334 N. 1.

17) Entsch. des ROHGer. II. S. 308 f.

18) Ueber Hypothekenschulden oben II. § 113. II. 6.

19) Für den letztern Fall bestreitet dies Bähr in den Jahrbb. I. S. 442

20) Das bestimmt bereits das Syst. Schöffenr. I. 28.

21) Zür. GB. § 1033, Sächs. GB. § 973, Dresden. Entw. art. 330, 331, Schweiz. Entw. v. 1877 art. 160, v. 1878 art. 19. — Seuffert VIII. 248 (Lübeck), XIII. 246. I. (Rostock; v. Meibom Meckl. Hyp. R. S. 249), XIII. 246. II. (Stuttg.; Schletter Jahrbb. VII. S. 107), XVII. 27 (Dresden), XXIV. 234 (Celle), XXXI. 27 (Berlin). — Bähr S. 435 ff., Dernburg II. § 85. 8, Windscheid § 331 N. 10. — Anders nach franz. Recht: selbst wenn dem Cessus die ältere Cession bekannt war, wird doch der jüngere Cessionar sein Gläubiger, falls er früher denuncirte, Zachariä II. § 359 N. 16.

22) Sächs. GB. 973. — Im Falle der mala fides des zweiten Cessionars findet eine Rückforderung gegen ihn statt, Dresden. Entw. art. 337, Schweiz. Entw. v. 1877 art. 160; der Entw. v. 1878 art. 195 und das Obl. R. art. 187

4. Der Cessionsvertrag kann formlos geschlossen werden[23]); wo über die Forderung eine Urkunde besteht, wird partikularrechtlich die schriftliche Form gefordert[24]), und nur derjenige als Gläubiger angesehen, welcher sich durch den Besitz der Urkunde und einer schriftlichen Cession ausweist[25]). Die causa debendi, auf Grund deren die Cession erfolgte, braucht in der Urkunde nicht angegeben zu sein, um den Cessionar dem Schuldner gegenüber zu legitimiren[26]). Nach Partikularrechten sind auch Blanco-Cessionen zulässig, bei welchen der Cedent in der Cessionsurkunde die Stelle für den Namen des Cessionars leer läßt und der Inhaber der Urkunde sich als Gläubiger legitimirt[27]).

Ebenso wie nach gemeinem Recht gehen auch nach Partikularrechten die Sicherungsmittel der Forderungen auf den Cessionar über[28]).

---

haben den Passus fortgelassen. — Bähr S. 439 giebt allgemein die Rückforderung dem ersten Cessionar gegen den zweiten, welcher Zahlung erhalten hat.

[23]) Im Mittelalter war es gebräuchlich die Cessionen gerichtlich vorzunehmen und in die Gerichtsbücher eintragen zu lassen; Citate bei Stobbe in Goldschm. Ztschr. XI. S. 408 N. 13. — In Würtemberg wird die gerichtliche Cession geboten, v. Wächter I. S. 111, 508, 509, später aber wieder fallen gelassen, Reyscher II. § 525 N. 13.

[24]) Preuß. Ldr. I. 11. § 394, Paulsen S. 152, vgl. auch Sächs. GB. § 970. — Bähr S. 481, vgl. auch S. 495. — Die Uebergabe der Schuldurkunde wird regelmäßig zu erfolgen haben und nur sie den Cessionar vollkommen sicher stellen; doch ist sie kein Erforderniß für die Gültigkeit der Cession, Förster § 99 N. 75.

[25]) Dresd. Entw. art. 328. — Im Falle mehrfacher Cession einer Forderung, über welche eine Urkunde existirt, wird also derjenige Cessionar, welcher die Urkunde besitzt, Präj. des Preuß. O. Trib. Entsch. IV. S. 70.

[26]) Seuffert V. 150, X. 36, XXIV. S. 40 N. 2, Windscheid § 334. N. 1. — Mit andern Worten: es kann die Cession in Form des Indossaments erscheinen.

[27]) Oben § 113 N. 31—34. — Sie sind besonders in Mecklenburg bei Hypothekencessionen üblich (vgl. auch Entsch. des ROH.Ger. XIX. S. 387 f.) und auch von der neueren Preuß. Praxis zugelassen; dagegen werden sie verworfen Seuffert XXX. no. 241 (München). — Die Meckl. Praxis fordert zur Klage gegen den Cessus die Ausfüllung der leeren Stelle; die Preußische Praxis verlangt das nicht bei Hypothekeninstrumenten.

[28]) Stobbe a. a. O. S. 404 N. 6—8. — Stadtr. v. Cleve Tit. 113 § 16 (Ztschr. f. RG. X. S. 245). — Preuß. Ldr. I. 11. § 402—404, Sächs. GB. § 386, 954, 969, Dresd. Entw. art. 325, Schweiz. Obl. R. art. 190. —

Dagegen hat er in dubio nicht die Forderung auf die rückständigen Zinsen[29]).

5. Gewisse Forderungen sind entweder nach der Natur der Sache oder nach positiver Bestimmung nicht cessibel[30]); das Sächs. Gesetzbuch § 966 sagt: „Setzt eine Forderung zu ihrer Geltendmachung eine nicht übertragbare Eigenschaft des Berechtigten voraus, oder würde deren Inhalt durch Leistung an einen Andern geändert, so ist deren Abtretung unzulässig."

Zu den an die Person des Gläubigers geknüpften Obligationen gehört die Alimentations-Berechtigung[31]), der Anspruch auf Unterstützung aus den eingeschriebenen Hülfskassen[32]), das Recht der Beamten und Militärpersonen auf Diensteinkünfte, Wartegelder oder Pensionen[33]), das Recht auf den noch nicht fälligen Arbeits- oder Dienstlohn[34]), das Recht des Socius an der Gesellschaft (HGB. art. 98), die Retraktberechtigung (oben II. § 89 N. 39, 40), das Vorkaufsrecht[35]), das Rückkaufsrecht[36]), das pactum de mutuo dando[37]), das pactum de cambiando (der vertragsmäßige Anspruch darauf, daß der Andere einen Wechsel ausstelle)[38]), der Passagevertrag zur See (HGB. art. 665), das Recht aus einem

---

Dernburg II. § 85 N. 14 ff. — In Betreff des kaufmännischen Retentionsrechts vgl. Dernburg § 85 N. 16, Entsch. des ROH.Ger. V. S. 304 ff.

[29]) Sächs. GB. § 969, Dresd. Entw. art. 325, Dernburg N. 11 ff. — Anders nach franzöf. Praxis Zachariä II. § 359 N. 20 und Schweiz. Obl. R. art. 190.

[30]) Windscheid § 335. — Förster § 99 N. 112 ff.

[31]) Windscheid § 335 N. 6, Dernburg II. § 83 N. 8 ff.

[32]) Reichsges. v. 7. Apr. 1876 § 10 S. 127.

[33]) Reichsges. v. 31. März 1873 § 6 S. 62, v. 2. Mai 1874 § 45 S. 58.

[34]) Reichsges. v. 21. Juni 1869 § 2 S. 242; Mandry im Arch. f. civ. Pr. LX. S. 27 ff.

[35]) Sächs. GB. § 1127, Oestr. GB. § 1074, Seuffert IV. 47, XVII. 244.

[36]) Seuffert VII. 181, Preuß. Ldr. I. 11. § 312, Oestr. GB. § 1070, 1071. — Als cessibel behandelt es das Preuß. O. Trib. Seuffert XXVII. 131.

[37]) Seuffert XIX. 35, XXV. 19, XXVI. 212 S. 317 f. — Dagegen steht meines Erachtens nichts im Wege, wenn der Berechtigte selbst Darlehnsschuldner werden will und nur den Anspruch auf Auszahlung des Darlehns einem Andern cedirt; aber auch das letztere will Seuffert XIX. 35 nicht zulassen.

[38]) Seuffert XVII. 92; daß pacta de contrahendo überhaupt nicht cessibel seien, Göppert in d. krit. Viertelj. Schr. XIV. S. 424 ff.

Eisenbahnretourbillet[39]) u. s. w. Partikularrechtlich brauchen hypothekarische Gläubiger eine Cession der Mieth- oder Pachtzinsforderung auf länger als ein Vierteljahr nicht anzuerkennen[40]). Dagegen wird das römische Verbot der Cession einer im Streit befangenen Forderung[41]) von der Praxis beschränkt oder nicht beachtet[42]); nachdem es bereits in vielen Partikularrechten beseitigt war[43]), hat die Reichs-Civilprozeß-Ordnung § 236 es auch gemeinrechtlich aufgehoben.

Forderungen aus zweiseitigen Obligationen dürfen unter der Voraussetzung cedirt werden, daß die der Forderung gegenüberstehende Verpflichtung des Gläubigers vom Cessionar übernommen werden kann und es sich nicht um Leistungen handelt, deren Erfüllung gerade der bestimmten Person zu leisten der debitor cessus ein Interesse hat[44]). Der Cessionar kann die Forderung geltend machen, falls entweder die entsprechende Verpflichtung bereits vom Cedenten erfüllt ist, oder er — der Cessionar — seinerseits in der Weise zu erfüllen bereit ist, daß der debitor cessus diese Erfüllung gelten lassen muß. Der Cedent wird durch eine derartige Cession von seiner Verpflichtung an sich nicht befreit und der debitor cessus

---

[39]) Dernburg II. § 83 N. 11.

[40]) Oben § 112 N. 11; über die frühere Preuß. Praxis Koch z. Preuß. Ldr. I. 19. § 3.

[41]) Das Verbot wird dem Röm. Recht gemäß wiederholt in d. Frankf. Ref. II. 2. § 3, 4, Lüneb. Ref. II. 2. Abs. 5 ff.

[42]) Reiches Material über die Frage, ob die gemeinrechtliche Bestimmung noch in Kraft sei, enthält die Stuttg. Entsch. bei Seuffert XV. 217. Als praktisch behandelt sie Lübeck, München, Celle, Berlin (Seuffert V. 10, XI. 135, XIV. 251; XII. 89; XXI. 121; XXX. 19), Hamburg (Baumeister I. S. 256 N. 2). — Die vielfach angenommene Ansicht, daß sich das Verbot auf den Fall der Benachtheiligung des Beklagten durch die Cession beschränke, ist in Würtemberg festes Gewohnheitsrecht, Seuffert XV. 217.

[43]) Preuß. Ldr. I. 11. § 383 (Förster § 51 N. 14 ff., § 99 N. 100 f., Entsch. des ROH.Ger. X. S. 199), Preuß. Ges. vom 26. Mai 1873 § 9, vom 27. Mai 1873 § 33 für Neuvorpommern und Rügen und für Schlesw.-Holstein in Betreff der eingetragenen Forderungen. — Ges. f. Weimar v. 6. Mai 1826 § 1, Meiningen vom 13. April 1844 art. 1, Baiern vom 22. Februar 1855 art. 2 (Roth II. § 123 N. 8). — Das Oestr. GB. enthält keine Bestimmung.

[44]) Also z. B. die Herrschaft kann nicht ihre Rechte aus dem Gesindevertrage cediren.

kann sich noch so lange an ihn als seinen Schuldner halten, als er nicht die Leistung vom Cessionar erhalten oder denselben statt des Cedenten als Schuldner angenommen hat. Cessionen aus zweiseitigen Obligationen sind im kaufmännischen Verkehr besonders häufig; wenn der auf die Lieferung einer Waare Berechtigte seine Ansprüche aus der Schlußnote (Engagementbrief) einem Andern überträgt, hat der debitor cessus dem Cessionar zu leisten, falls dieser zur Gegenleistung bereit ist[45]).

6. Durch die Cession darf der Schuldner in keine ungünstigere Lage kommen.

a) Aus diesem Gesichtspunkt hatte das Röm. Recht die Cession an einen potentior verboten[46]), — eine Bestimmung, welche im Mittelalter und dann während der Receptionszeit in Deutschland in einzelnen Anwendungen wiederkehrt[47]); besonders war es den jüdischen Gläubigern verboten, ihre Forderungen gegen Christen an Christen abzutreten[48]). Jetzt ist nicht bloß das Verbot mit Beziehung auf die Juden längst außer Kraft, sondern auch die allgemeine Bestimmung hat an Bedeutung verloren[49]) und ist in verschiedenen Partikularrechten ausdrücklich aufgehoben[50]).

---

[45]) Seuffert I. no. 28 (Goldschm. Ztschr. XVII. S. 231 f.), IV. 106, VIII. 35, XI. 225, XIII. 89, Goldschmidt Ztschr. VIII. S. 582, Entsch. des ROH.Ger. XII. S. 77. — Förster § 99 N. 93 ff. — Vgl. aber auch Sächs. GB. § 965 vgl. mit § 975.

Ueber die auf den Käufer eines vermietheten oder verpachteten Grundstücks übergehenden Rechte aus dem Mieth- oder Pachtvertrage vgl. unten § 286. — Beim Verkauf eines Handlungsgeschäfts kann den Umständen nach der neue Prinzipal fordern, daß das Dienstpersonal sein Dienstverhältniß mit ihm fortsetzt, Entsch. des ROH.Ger. XVIII. S. 374 f.

[46]) Ueber den Sinn der Bestimmung Windscheid § 235 N. 18—20; zur Kasuistik auch Seuffert X. 250.

[47]) Stobbe in Goldschm. Ztschr. XI. S. 408 N.; vgl. auch Muther z. G. der Rechtswiss. in Deutschland. 1876 S. 24 f.: es werden Scheincessionen verboten, durch welche man für die gerichtliche Entscheidung das geistliche Forum zu gewinnen sucht.

[48]) Vgl. oben I. § 46. IX.

[49]) Baumeister I. S. 295 f.

[50]) Z. B. Ges. f. Meiningen v. 13. Apr. 1844 art. 1, f. Baiern v. 22. Febr. 1855 art. 3. — Das Preuß. Ldr. bestimmt I. 11. § 405: „Der Cessionarius kann sich seiner persönlichen Vorrechte gegen den Schuldner so wenig, als gegen

b) Da der Cedent nicht mehr Rechte übertragen kann als er selbst hat, darf der Schuldner dem Cessionar diejenigen Einreden entgegenstellen, welche er gegen den Cedenten zu der Zeit hatte, als er sichere Kunde von der Cession erhielt, insbesondere darf er mit Forderungen gegen den Cedenten kompensiren, welche er im Augenblick der Benachrichtigung hatte[51]). War dieselbe Forderung mehrmals hinter einander cedirt, so kann der Schuldner dem letzten Cessionar nur diejenigen Forderungen zur Aufrechnung bringen, welche ihm gegen diesen selbst oder gegen den ersten Gläubiger vor erfolgter Bekanntmachung der Cession zustanden[52]).

Wenn der Schuldner den Cessionar als seinen Gläubiger anerkennt, aber lediglich in der Absicht das Vorhandensein der Cession zu bestätigen, so kann darin nicht ein Verzicht auf die ihm gegen den Cedenten zustehenden Einreden gefunden werden. Anders steht es, wenn die Anerkennung als ein neuer Verpflichtungsgrund erscheint, der Schuldner die Schuld gegenüber dem Cessionar anerkennt und die Cession durch den Zutritt des debitor cessus sich in eine Delegation umwandelt[53]).

---

die übrigen Gläubiger desselben bedienen"; § 406: „Es kommen also auch dem Fiskus, Kirchen, milden Stiftungen und andern privilegirten moralischen Personen ... diejenigen Vorrechte nicht zu, welche die Gesetze den ihnen selbst ursprünglich zustehenden Forderungen und Gerechtsamen beilegen"; § 411: „der Unterschied des Standes, der Religion und des Gewerbes bei dem Cessionario kann als gefährlich für den Schuldner nicht angesehen werden."

[51]) Seuffert I. no. 30, VI. no. 177, XII. no. 18, XIII. no. 91, XV. no. 120, XXI. no. 143, XXXII. no. 128, Entsch. des ROH.Ger. IX. S. 234 ff., XVI. S. 327 ff. — Hamb. Statt. I. 12. § 3, Preuß. Lbr. I. 11. § 407, 410, Sächs. GB. § 975, Zür. GB. § 1036, Dresden. Entw. art. 335, Schweiz. Obl. R. art. 189.

[52]) Preuß. Lbr. I. 16. § 313 (über den Sinn dieser Bestimmung vgl. Schollmeyer der gesetzliche Eintritt in die Rechte des Gläubigers 1877. S. 38 ff.), Oestr. GB. § 1442. — In Betreff der übrigen Einreden bestimmt Dresd. Entw. art. 336: „Ist eine veräußerte Forderung von dem Erwerber weiter veräußert worden, so kann der Schuldner dem Gläubiger, an welchen die Forderung zuletzt veräußert worden ist, alle Einreden entgegensetzen, welche er gegen die mehreren Gläubiger zur Zeit der von einem Jeden derselben geschehenen Veräußerung hatte"; dies nimmt Schollmeyer a. a. O. auch für das Preuß. Recht an.

Ueber die Einreden gegen Hypothekenforderungen vgl. oben II. § 114. I. 5.

[53]) Dernburg II. § 85. 6, Seuffert IV. 106, Entsch. des ROH.Ger.

7. Die römische Bestimmung, daß der Cessionar, welcher die Forderung durch Kauf erworben hat, vom Schuldner nicht mehr verlangen darf, als er selbst als Kaufpreis gezahlt hat (lex Anastasiana), wurde theils von der Praxis anerkannt und in Partikulargesetzen aufgenommen und weiter entwickelt[54]), theils aber auch als unsern wirthschaftlichen Zuständen nicht entsprechend[55]) durch die Praxis und Gesetzgebung eingeschränkt[56]). In neuerer Zeit ist sie in vielen Staaten ganz aufgehoben und kann der Gläubiger die Forderung in demselben Umfange geltend machen, als sie dem Cedenten zustand[57]). Für den Handelsverkehr ganz Deutschlands gilt

---

IX. 198 ff. — Ueber die verschiedenen Bedeutungen, welche die Anerkennung einer Cession haben kann, Bähr Anerkennung S. 195—198, auch Unger in Ihering's Jahrbb. VIII. S. 218—220, Förster I. § 99 N. 218 ff. — Im Sinne der Delegation ist die Bestimmung des Preuß. Ldr. I. 11. § 412 (vgl. auch I. 16. § 314) aufzufassen: „Hat der Schuldner den Cessionarium für seinen Gläubiger wegen einer der Qualität und Quantität nach bestimmten Forderung auf rechtsgültige Weise einmal anerkannt: so ist er nicht mehr befugt, demselben Einwendungen und Gegenforderungen, die er wider den Cedenten zu haben vermeint, entgegen zu setzen"; vgl. über die Entstehung der Bestimmung Entsch. des ROH.Ger. II. S. 413 ff. — Oestr. GB. § 1396.

[54]) Ueber Würtemberg Wächter I. 528 f., Schlesw.-Holst. v. Stemann II. S. 277 f., Paulsen S. 151 f.; in Hamburg in unbestrittener Praxis selbst für den Handelsverkehr Baumeister I. S. 297 N. 9 ff.

[55]) Schon Thomasius schrieb eine Dissertation: de aequitate cerebrina et exiguo usu Legis Anastasianae.

[56]) Ueber Beschränkungen im Handelsverkehr Spangenberg in Hagemann's Erörterungen VIII. 2. no. 7, Pfeiffer prakt. Ausführungen I. no. 6, Kuntze Inhaberpapiere § 139.

Beschränkungen durch die Sächs. Decision von 1661. no. 28 (Haubold § 272), C. Max. Bav. II. 3. § 8 no. 15, C. civ. art. 1699—1701; die lex Anastasiana steht nicht den Leihanstalten entgegen, Steinacker S. 268, es kann auf sie verzichtet werden, Seuffert XVIII. 131 (Celle).

[57]) Bestimmung für Fehmarn v. J. 1604 (v. Stemann II. S. 277), Preuß. Ldr. I. 11. § 390, 391, Oestr. GB. § 1394, Gess. f. d. Großherzogth. Hessen vom 14. Jan. 1827, Würtemberg vom 21. Mai 1828 art. 14, Frankfurt 15. Dez. 1829, Sondershausen v. 20. Febr. 1834 § 52 ff., Mecklenburg 24. Aug. 1836, Sachsen 9. Jan. 1838, Sächs. GB. § 969, Nassau Ges. v. 5. Mai 1841, Gotha 10. Apr. 1843, Meiningen 13. Apr. 1844 art. 1, Waldeck 2. Juni 1845 § 1, Lübeck 15. Jan. 1848, Braunschweig 21. Dez. 1848, Altenburg 18. Dezember 1854, Baiern 22. Febr. 1855, Züricher GB. § 1034, Ges. für die Preußischen Länder gemeinen Rechts 1. Febr. 1864, Hannover 2. Juli 1864, Kurhessen

art. 299 des Handelsgesetzbuchs: „Im Falle der Abtretung einer aus einem Handelsgeschäft hervorgegangenen Forderung kann die Bezahlung ihres vollen Betrages auch dann verlangt werden, wenn dieser Betrag die Summe des für die Abtretung vereinbarten Preises übersteigt“ [58]).

8. Der Umfang, in welchem der Cedent dem Cessionar für die Einbringlichkeit der Forderung haftet, ist in den Partikularrechten[59]) verschieden bestimmt worden. Nach Preuß. Landrecht (I. 11. § 420) haftet er nicht bloß für die veritas, sondern auch für die bonitas nominis, außer wenn er sie ohne dolus als zweifelhaft cedirte oder ihm die Haftung erlassen wurde; doch haftet er nicht über den Betrag hinaus, welchen er als Valuta für die Cession erhalten hat. Aehnlich nach Oestreichischem Recht, während andere Gesetzgebungen sich an das gemeine Recht anschließen[60]).

9. Schon nach altdeutschem Recht durfte in einer Reihe von Fällen Jemand die Forderung eines Andern auch ohne Cession geltend machen: insbesondere konnte ein Gläubiger, welcher Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners und die Ueberweisung von Forderungen seines Schuldners im Exekutionswege fordern darf, auch ohne eine solche Ueberweisung bereits nach objektivem Recht derartige Forderungen für sich verfolgen[61]).

a) Der Hauswirth, welchem der bei ihm wohnende Handwerker das Miethgeld schuldet, darf die von demselben für Andere angefertigten Sachen pfänden und von den Bestellern den noch geschuldeten Arbeitslohn einziehen. Auf den berechtigten Inhaber der

---

20. Dez. 1864 § 2, mit Bezug auf Hypotheken für Schleswig-Holstein Ges. v. 27. Mai 1873 § 33, Schaumb.-Lippe v. 27. Aug. 1884.

[58]) Man darf aber nicht mit P. Hinschius in d. Ztschr. f. Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen II. S. 56 ff. behaupten, daß die Beschränkung durch die Aufhebung der Wucherverbote allgemein von selbst gefallen sei.

[59]) Ueber das gemeine Recht vgl. Windscheid § 336 N. 3.

[60]) Oestr. GB. § 1397: er haftet für die bonitas bei entgeltlicher Cession, aber nicht für mehr, als er vom Cessionar erhalten hat. — Er haftet in dubio nicht für bonitas nominis C. civ. 1693, 1694, Sächs. GB. § 971; vgl. auch Zürich. GB. § 1038—1040, Dresden. Entw. art. 326, 327. — Schweiz. Obl.R. art. 192—194. — Bei Hypothekenposten haftet der Cedent nicht wegen der Sicherheit, Preuß. Ldr. I. 11. § 427, Oestr. GB. § 1398.

[61]) Vgl. darüber v. Meibom Pfandrecht S. 60 ff.

Sache geht die Forderung über, welche mit Bezug auf diese Sache entstanden ist[62]).

b) Wer eine Rente aus einem Grundstück vom Eigenthümer desselben zu fordern hat, kann gegen den Miether des Grundstücks die Forderung des Eigenthümers auf den Miethzins geltend machen[63]); ebenso darf der Eigenthümer den Afterpächter oder Aftermiether bis auf die Höhe von dessen Pacht- oder Miethgeld pfänden[64]).

c) Der Grundeigenthümer kann sich an die bei seinem Miether oder Zinsmann niedergelegten Sachen eines andern Mannes soweit halten, als dieser das Lagergeld schuldet[65]).

d) Der Gläubiger eines Grundeigenthümers kann von dem Zinsmann seines Schuldners den jährlichen Zins erheben, um zur Befriedigung seiner Forderung zu gelangen[66]).

e) Der Gläubiger einer Stadt kann sich an deren Steuerforderungen gegen ihre Bürger halten[67]), der Gläubiger eines Herrn kann verlangen, daß dessen Unterthanen ihm die Steuern[68]) oder, was sie dem Herrn sonst schuldig sind, zahlen[69]).

f) Der Gläubiger eines Knechts kann sich an dessen Lohnforderung seinem Dienstherrn gegenüber halten[70]).

g) Allgemein heißt es gelegentlich, daß der Gläubiger den Schuldner seines Schuldners belangen dürfe[71]).

---

[62]) Stobbe Ztschr. f. Deutsch. R. XIX. S. 200, Priv. R. I. § 70 N. 29. — Denselben Satz enthält das Iglauer Recht (Tomaschek Oberhof S. 82 § 106) überhaupt zu Gunsten der Gläubiger eines Handwerkers.

[63]) Stobbe Ztschr. f. D. R. XIX. S. 199 f., Privatr. II. § 104 N. 20.

[64]) Stobbe Privatr. I. § 70 N. 29.

[65]) Goslar. Statt. S. 21 Z. 30 ff., Bremer Statt. v. 1428 II. 36, Brünner Schöff. B. c. 121.

[66]) Sachsensp. I. 54 § 1, Sächs. Lehnr. 65 § 7, Rechtsb. n. Dist. III. 4. d. 13, Purgoldt VII. 11, Magdeb. Schöffenchronik (Städtechroniken VII.) S. 293, v. Meibom Pfandrecht S. 61 N. 99.

[67]) Wasserschleben Rechtsquellen I. S. 226 f.

[68]) Stellen bei Gierke Genossenschaftsrecht II. S. 390 N. 15.

[69]) Neumann Magdeb. Weisthümer no. 62. a. 1498. — Es ist das eine Einschränkung der ursprünglichen Verpflichtung der Unterthanen für die Schulden des Herrn einzustehen, vgl. darüber Stobbe Vertragsrecht S. 150 ff., Gierke II. S. 386 ff., 389.

[70]) Sachsensp. II. 32. § 1, Schwabensp. 203.

[71]) Dresd. Sch. U. bei Wasserschleben S. 246 c. 103, S. 341 c. 189, 190.

In diesem Umfange galt während des Mittelalters der Satz, „daß der Gläubiger den Schuldner seines Schuldners bis zum Belauf der Schuld des Ersteren oder denjenigen, welcher für den Schuldner Sachen in Händen hat, hinsichtlich dieser Sachen direkt belangen und geeignetenfalls pfänden kann“ [72]).

10. Für das moderne Recht ist bisweilen ganz allgemein die Regel aufgestellt worden, daß wer das Recht auf Cession einer Forderung hat, diese Forderung auch ohne erfolgte Cession auf Grund des Gesetzes (cessio ficta) geltend machen dürfe [73]). Sie entspricht aber weder dem Bedürfniß, noch dem positiven Recht und darf dem letzteren gemäß nur in einzelnen Anwendungsfällen zur Geltung gebracht werden:

a) Der zahlende Bürge darf auch ohne Cession die Forderung des Gläbigers gegen den Schuldner geltend machen (vgl. unten § 192. 4). Das Preuß. Landrecht I. 16. § 46 sagt allgemein: „Ueberhaupt tritt in der Regel der Zahlende gegen den Schuldner, auch ohne ausdrückliche Cession, in die Rechte des bezahlten Gläu=

Kein besonderes Gewicht lege ich auf den Satz, daß der Committent das Kaufgeld für die von seinem Commissionär verkauften Sachen ohne weiteres gegen den Käufer einklagen dürfe, Augsb. Stdtr. (Meyer) c. 234. § 2 S. 217; vgl. auch Wiener Stdtr. (Schuster) c. 80; denn vielleicht besteht die Auffassung, daß der Commissionär als Stellvertreter des Committenten den Vertrag abgeschlossen habe.

[72]) v. Meibom in Bekker's und Muther's Jahrb. IV. S. 493.

[73]) Literatur über diese Frage bei Windscheid § 330 N. 12. Treffend sagt Thöl Handelsrecht I. § 75 N. 20 (in der 4. Ausg. § 24 N. 7): „bei der Aufstellung des Satzes ist das doppelte Bedenken nicht erwogen, daß die Sicherheit des Verkehrs unter demselben leidet, und aus welchem Grunde denn gerade für die Cession der Satz bestehen solle, daß, was man von Rechtswegen fordern könne, man von Rechtswegen bereits habe, indem die zu fordernde Erfüllung der Verbindlichkeit als geschehen fingirt werde.“

In der Praxis haben sich für diesen Satz erklärt Cassel (Seuffert III. 259, XXII. 49), Darmstadt (VI. 313), Wolfenbüttel (XVI. 40), auch Celle (Ztschr. f. Hannov. Recht IX. 1877 S. 363 f.); gegen ihn sind Berlin (Seuffert XXII. 225, XXXI. 222), Oldenburg (XXV. 231), Nürnberg (XXV. 103), Stuttgart (XXXI. 221), Lübeck (XXVI. 213), München (XXXII. no. 314).

Unter den Gesetzbüchern hat die Lehre auf das Züricherische Einfluß gehabt, § 1027: „Ist die Cession ... eine nothwendige, so ist der Cessionar aus dem vorhandenen Cessionsgrunde auch ohne Willenserklärung des Cedenten

digers" [74]). Aber er hat gegen den Gläubiger auch ein Recht auf Cession der Forderung (I. 16. § 50, I. 11. § 442, 443) und erlangt deren Sicherheit durch Bürgen oder Pfand und ihre sonstigen Vorrechte nur durch die ausdrückliche Cession (I. 16. § 47, 48) [75]).

b) Die Versicherungsgesellschaft, welche dem Versicherten seinen Schaden ersetzt, hat gegen denjenigen, welcher ihn verursachte, auch ohne Cession eine Klage; sie tritt gegen den Schadenden in die Rechte des Versicherten [76]). „Hat der Versicherer seine Verpflichtungen erfüllt, so tritt er, insoweit er einen Schaden vergütet hat, dessen Erstattung der Versicherte von einem Dritten zu fordern befugt ist, . . . in die Rechte des Versicherten gegen den Schadenden" (HGB. art. 808) [77]).

c) Der Destinatär kann nach Ankunft des Frachtführers am Ort der Ablieferung die durch den Frachtvertrag für den Absender

---

wenn nicht das Gesetz etwas Anderes bestimmt, berechtigt, die Forderung für sich anzusprechen und geltend zu machen".

[74]) Förster I. § 91. 2, § 99 I. b., und besonders Schollmeyer der gesetzliche Eintritt in die Rechte des Gläubigers. Halle 1877: es gelte das von den Fällen, in welchen der zahlende Dritte einen Regreßanspruch gegen den Schuldner hat. — Specielle Bestimmungen in Preuß. Ldr. I. 20. § 83, I. 21. § 79; vgl. auch Förster I. § 99 N. 81. — Anders z. B. nach Sächs. GB. § 955: „Wird ein Gläubiger von einem Dritten an der Stelle des Schuldners befriedigt, und hat der Dritte sich vor oder bei der Befriedigung die Abtretung der Forderung ausbedungen, so ist die Forderung mit der Befriedigung ohne Weiteres als dem Dritten abgetreten anzusehen." — Vgl. überhaupt unten § 192 N. 23 ff.

[75]) Die Preuß. Konkurs O. § 11 sagt: der Zahlende erlangt „auch ohne Cession das mit der Forderung verbundene Vor-, Pfand- oder Hypothekenrecht".

[76]) v. Gerber § 202 N*** scheint nur ein Recht auf Cession, keine cessio ficta anzunehmen.

[77]) (Uebrigens besteht aber auch die Verpflichtung zur Cession HGB. art. 809, 826.) — Preuß. Ldr. II. 8. § 2215: „der Schaden muß vom Versicherer getragen werden, „welcher dagegen seinen Regreß an den Urheber des Schadens zu nehmen hat", vgl. auch § 2277. — In Betreff der Feuerversicherung Seuffert XXI. no. 75 (und die dortigen Citate), allg. Feuerversicherungsbedingungen § 17 bei Goldschm. Ztschr. XX. S. 544, Dresden. Entw. art. 916: „Hat der Versicherer einen entstandenen Schaden vergütet, so tritt er kraft Gesetzes für den Betrag der Schadensvergütung in alle Rechte ein, welche dem Versicherten gegen Dritte rücksichtlich des Schadens zustehen." — Schweiz. Entw. v. 1877 art. 761, Malß in Goldschm. Ztschr. XIII. S. 485 f.

begründeten Rechte auch ohne ihre Cession in eigenem Namen gegen den Frachtführer geltend machen[78]).

d) Ferner ist hier an die § 175. III. erörterten Fälle zu erinnern, in denen eine Forderung in der Weise mit einer Sache verknüpft ist, daß der Erwerber der Sache auch die Forderung erwirbt[79]).

§ 178. Orderpapiere und Legitimationspapiere.

I. Ein noch leichterer Uebergang eines Forderungsrechts als durch Cession findet durch das Indossament bei gewissen in einer Urkunde verkörperten Forderungsrechten statt[1]). Unbedingt gilt die Indossirbarkeit für den Wechsel; nach der Wechselordnung Art. 9

---

[78]) HGB. art. 405. — Daß hier eine cessio ficta vorliege, vgl. Goldschmidt Handbuch I. S. 749 ff. (1. Aufl.): der Destinatär tritt in einen zweiseitigen Vertrag ein und kann daher die Forderung nur unter der Voraussetzung geltend machen, daß er dem Frachtführer nach Maßgabe des Frachtbriefs Zahlung leistet, HGB. art. 406, vgl. auch art. 615.

[79]) Dagegen gehören nicht hieher die Artt. 56 und 59 des HGB's, wonach der Prokurist oder Handlungsbevollmächtigte, welcher für eigne Rechnung Handlungsgeschäfte getrieben hat, „sich auf Verlangen des Prinzipals gefallen lassen“ muß, „daß die für seine Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals geschlossen angesehen werden“. Denn danach hat der Prinzipal keine Klage gegen den Contrahenten seines Prinzipals, sondern nur Rechte gegenüber seinem Personal, insbesondere ein Recht auf Cession der demselben zustehenden Klagen gegen seine Contrahenten. Vgl. v. Hahn Commentar zu art. 56 § 3, 4, Zimmermann Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio 1876 S. 29 f.

Daß im Fall von HGB. art. 382 Abs. 4 und art. 410 nicht eine cessio ficta angenommen zu werden braucht, sondern eine Klage wegen nützlicher Verwendung vorliegt, Laband in Goldschmidt's Ztschr. IX. S. 467 f., v. Hahn Commentar § 3 zu art. 410.

[1]) Ueber das Indossament vgl. unter andern Thöl Handelsrecht § 218 ff., Wechselrecht § 250, 257, Ladenburg in Goldschm. Ztschr. V. S. 415 ff., Kuntze Inh. Papiere S. 441 ff. und in Goldschmidt's Ztschr. VI. S. 34 f., 36 f. — Die ausführlichste Geschichte und Dogmengeschichte des Indossaments, aber ohne eigene dogmatische Erörterung enthält Götz Giro in Ersch' und Gruber's Encykl. I. Sekt. LXVIII. 1859 S. 1—136. — Die Lehre vom Indossament gehört in das Handelsrecht; ich deute nur kurz meine Ansicht an, ohne auf die zahlreichen noch nicht ausgetragenen Controversen ausführlich einzugehen.

müssen in seinem Tenor die Worte „nicht an Order" stehen, wenn er nicht indossirbar sein soll. Nach dem Handelsgesetzbuch Art. 301, 302 sind noch folgende Urkunden indossabel, falls in ihnen ausdrücklich gesagt ist, daß die Leistung an eine bestimmte Person „oder deren Order" erfolgen soll: Anweisungen, Verpflichtungsscheine, welche von Kaufleuten über Leistungen von Geld oder einer Quantität vertretbarer Sachen oder Werthpapiere ausgestellt sind, ohne daß darin die Verpflichtung zur Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist, Konnossemente der Seeschiffer, Ladescheine der Frachtführer, Auslieferungsscheine (Lagerscheine, Warrants) über Waaren und andere bewegliche Sachen, welche von einer zur Aufbewahrung solcher Sachen staatlich ermächtigten Anstalt ausgestellt sind, Bodmereibriefe, Seeassekuranzpolizen[2]).

Das Indossament ist eine auf dem Rücken der Urkunde (in dorso), regelmäßig in kurzen Worten abgegebene Erklärung des Gläubigers, daß die Leistung statt an ihn an eine andere Person, den Indossatar erfolgen soll. Entweder wird der Name desselben im Indossament genannt oder es wird die Stelle für denselben leer gelassen (Blanco-Indossament)[3]); im letzteren Falle erscheint der Inhaber der Urkunde als Indossatar (II. § 113 N. 33 ff.).

1. Das Indossament ist keine Cession. Der Indossatar erwirbt die Forderung nicht, wie sie der Indossant besaß, sondern wie sich ihr Inhalt aus der Erklärung des Schuldners im Papier ergiebt; er ist kein Singularsuccessor der voranstehenden Gläubiger, seine Forderung ist nicht mit denjenigen Mängeln behaftet, die sich aus dem Verhältniß der früheren Gläubiger zum Schuldner ergeben; er braucht sich keine Einreden gefallen zu lassen, welche dem Schuldner gegen frühere Gläubiger zustanden[4]). Es gilt so, als ob der Schuldner im Augenblick des Uebergangs des Papiers dem Indossatar ein mit dem ursprünglichen identisches Versprechen abgegeben,

---

[2]) Auch Aktien auf Namen können durch Indossament übertragen werden, HGB. art. 182, 223; dieselben sind aber keine Skripturobligation.

[3]) Ueber dessen Form Wechs. O. art. 12, 13, vgl. HGB. art. 305.

[4]) HGB. art. 303: „durch das Indossament ... gehen alle Rechte aus dem indossirten Papiere auf den Indossatar über. Der Verpflichtete kann sich nur solcher Einreden bedienen, welche ihm nach Maßgabe der Urkunde selbst oder unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen"; Wechs. O. art. 82.

als ob unter Beibehaltung des ursprünglichen Verpflichtungswillens eine Delegation stattgefunden hätte. Die Erklärung dafür liegt darin, daß der Aussteller der Urkunde die Leistung nicht dem ersten Gläubiger und dessen Rechtsnachfolger, sondern dem ersten Gläubiger und jedem andern versprochen hat, welcher durch das Indossament in bestimmter Weise legitimirt die Forderung gegen ihn erheben wird. Der Indossatar erwirbt das Recht nicht, wie es dem ersten Gläubiger zustand, sondern er hat gegen den Schuldner diejenige Forderung, zu deren Erfüllung sich derselbe im Papier verpflichtet hat. Daher kann der Schuldner ihm nur solche Einreden entgegenhalten, welche er mit Bezug auf seine eigne Person jedem Gläubiger aus diesem Papier entgegenstellen darf (z. B. daß er das Papier nicht begeben hat, daß er nicht handlungsfähig ist, daß es ihm am obligirenden Willen gefehlt hat, exceptio vis, metus u. s. w.) oder welche sich aus der Urkunde selbst ergeben oder welche ihm gegenüber diesem Gläubiger unmittelbar zustehen (z. B. Einrede der Zahlung an diesen Gläubiger, Compensation u. s. w.)[5]).

2. Einem Cessionar ist der Schuldner nur verpflichtet, wenn er die erfolgte Cession erweist, aber dem Indossatar muß er leisten, wenn er sich ihm gegenüber in äußerlicher Weise legitimirt[6]). Er hat auch dann den Indossatar als seinen Gläubiger zu behandeln, wenn einzelne der vorhergehenden Indossamente unecht sind, wenn die Reihe der Uebertragungsakte zwischen dem ursprünglichen und dem jetzigen Gläubiger in unrechtmäßiger Weise unterbrochen wurde, aber diese Unterbrechung sich nicht äußerlich im Papier dokumentirt. Allerdings will das Recht den ordnungsmäßigen und vertragsmäßigen Erwerb für sämmtliche Indossatare, aber es zieht im Interesse des Verkehrs nicht die Consequenzen dieser Tendenz, sondern betrachtet den Dritten als zur Forderung legitimirt, obgleich die Uebergangsakte in ordnungswidriger Weise unterbrochen worden sind.

II. Während dem Stellvertreter, Mandatar, Boten, Cessionar u. s. w. eines Gläubigers, welcher die Forderung geltend macht, der Schuldner nur dann gefahrlos leistet, wenn ihm die Cession, das

---

[5]) Weiter will gehen Dernburg II. § 87 N. 5.

[6]) Wechsel-Ordnung art. 36.

Vertretungs- oder Mandatsverhältniß bekannt oder erwiesen ist, hat die Gesetzgebung es in gewissem Umfange anerkannt oder kann es vertragsmäßig verabredet werden, daß, wenn der Schuldner dem Gläubiger eine Urkunde über das Forderungsverhältniß ausgestellt hat, ersterer nicht bloß an seinen Gläubiger, sondern an jeden Präsentanten der Urkunde leisten darf und durch diese Leistung von seiner Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger frei wird: sg. Legitimationspapiere[7]). Diese Natur haben häufig Sparkassenbücher[8]), Lebensversicherungspolizen[9]), Pfandscheine[10]), Rechnungsbücher der Banken, Postablieferungsscheine[11]) u. s. w.[12]).

Die betreffenden Urkunden sind keine Inhaberpapiere, sie sind nicht, wie diese für den Verkehr bestimmt, sondern wollen den Interessen des Gläubigers und Schuldners nach der Richtung hin dienen, daß durch sie die Erfüllung der Verbindlichkeit von zeitraubenden und beschwerlichen Legitimationsprüfungen befreit sein soll. Gläubiger ist nur derjenige, welcher in der Urkunde als solcher genannt ist, resp. sein Rechtsnachfolger (Cessionar). Die bloße Uebergabe des Papiers macht den Besitzer nicht zum Gläubiger und berechtigt ihn nicht, die Leistung zu fordern. Vielmehr ist der Schuldner nur befugt, dem Inhaber ohne besondere Legitimationsprüfung zu leisten[13]): er braucht nicht den Beweis abzuwarten, daß der In-

[7]) Der Ausdruck ist nicht recht bezeichnend; Thöl § 217. 7. nennt sie hinkende Namenspapiere. — Für die Geschichte dieser Papiere vgl. den Anfang des folgenden Paragraphen.

[8]) Goldschmidt Ztschr. IX. S. 144 ff., XI. S. 616 ff., Entscheid. des ROHGer. II. S. 310, Seuffert XXIX. no. 72.

[9]) Goldschm. Ztschr. III. S. 189 ff., IX. S. 142 f., XIV. S. 632 ff., Entsch. des ROHGer. III. S. 341 f., IX. 242, Malss Ztschr. f. Versicherungsrecht I. 1866 S. 39 ff., 82 ff., 135 ff., 180 ff., II. S. 197 f. und in Goldschm. Ztschr. XIII. S. 486 ff., XIV. S. 632 ff., Hinrichs ebendas. XX. S. 417 f., v. Gerber § 202 N. 11, Förster II. § 146 N. 12.

[10]) Goldschmidt Ztschr. XI. S. 618 ff.

[11]) Kuntze Inhaberpapiere S. 401 ff., Reichspostgesetz v. 28. Okt. 1871 § 48, 49.

[12]) Vgl. überhaupt Kuntze S. 19 f., 399 ff., 518 ff., 522 ff. — Es kann auch nach neuerem Recht ein Schuldschein die Zahlungsverbindlichkeit an einen bestimmten Gläubiger und an den Inhaber des Dokuments aussprechen, Seuffert IV. S. 179 ff., Entsch. d. OHGer. XIX. S. 276 ff.

[13]) Sächs. GB. § 1048: „Ist in der Urkunde der Gläubiger genannt,

haber Cessionar oder Mandatar oder sonstiger Vertreter (Bote) des Gläubigers sei und wird daher auch befreit, wenn er an einen Inhaber leistet, welcher sich in mala fide befindet. Da die dem Inhaber der Urkunde geleistete Erfüllung als an den benannten Gläubiger erfolgt anzusehen ist, kann der Schuldner dem Präsentanten auch alle Einreden entgegenstellen, welche er gegen den Gläubiger hat[14]). Aber er ist auch nur berechtigt, nicht verpflichtet, die Legitimationsprüfung zu unterlassen, und darf die Leistung zurückhalten, bis die von ihm geforderte weitere Legitimation in beweisender Form erbracht ist. Ja es ist wohl auch anzunehmen, daß wo der Schuldner aus den Umständen des konkreten Falls den Verdacht schöpfen muß, daß auf Seiten des Inhabers ein injustus titulus oder dolus vorhanden ist, er nicht bloß nicht verpflichtet, sondern auch nicht berechtigt ist, ihm zu leisten.

Aehnliche Verhältnisse treten da ein, wo nach dem Gebrauch des Verkehrs der Schuldner demjenigen zu leisten hat, welcher ihm eine vom Gläubiger ausgestellte Urkunde überbringt; so bestimmt Art. 296 des H.Ges.Buchs: „Der Ueberbringer einer Quittung gilt für ermächtigt, die Zahlung zu empfangen, sofern nicht die dem Zahlenden bekannten Umstände der Annahme einer solchen Ermächtigung entgegenstehen“[15]).

§ 179. Inhaberpapiere. I. Geschichte[1]) und Arten.

Inhaberpapiere sind Urkunden, in welchen sich der Aussteller zu einer Leistung an den Inhaber derselben verpflichtet.

---

aber die Leistung jedem Inhaber zugesichert, so ist der Erstere der Forderungsberechtigte, der Schuldner aber befugt, sich von der Schuld durch Leistung an jeden Inhaber zu befreien“; vgl. auch Dresden. Entw. art. 22: .... „so kann im Zweifel der in der Urkuude nicht als Gläubiger genannte Inhaber die Leistung von dem Schuldner nicht verlangen, der Letztere aber sich von der Verbindlichkeit durch Leistung an jeden Inhaber befreien.“

[14]) Goldschmidt Ztschr. III. S. 191 f.

[15]) Verwandt ist die Bestimmung des Oestr. GB. § 1033.

[1]) Ueber die Geschichte der Inhaberpapiere: Duncker in der Ztschr. für D. R. V. 1841 S. 30 ff., Renaud das. XIV. 1853 S. 315 ff., Kuntze Inhaberpapiere 1857 S. 33 ff., in Goldschm. Ztschr. II. S. 570 ff., Eigenbrodt Beitr. z. d. Lehre von den Inhaberpapieren, in v. Ihering's Jahrbb. II.

1. Wenn in zahlreichen mittelalterlichen Urkunden[2]) gesagt wird, der Schuldner solle oder wolle an den benannten Gläubiger oder seinen Boten[3]), an den Gläubiger oder denjenigen, welcher mit dessen Willen den Brief besitzt, an den Gläubiger oder getreuen Inhaber[4]) zahlen, so sind das keine Inhaberpapiere: jene Formel entbindet den Gläubiger nicht, die Legitimation des Präsentanten des Papiers zu prüfen; er soll an den benannten Gläubiger oder an denjenigen zahlen, welcher sich als Bevollmächtigter, Vertreter oder Rechtsnachfolger desselben legitimiren wird[5]).

2. Anders steht es mit solchen Urkunden, in denen neben dem benannten Gläubiger einfach der Inhaber genannt wird (sg. unvollkommene Inhaberpapiere)[6]). Hier bedarf es keines Nachweises über

---

1858 S. 181 ff., Biener wechselrechtl. Abhandlungen 1859 S. 123 ff., Platner im Arch. f. civ. Praxis XLII. 1859 S. 111 ff., 189 ff., K. Binding in Goldschmidt's Ztschr. X. 1866 S. 400 ff., Stobbe daselbst XI. 1868 S. 397 ff., Hecht ein Beitr. z. G. der Inh.-Papiere in den Niederlanden 1869, v. Poschinger die Lehre von der Befugniß zur Ausstellung von Inhaberpapieren. 1870 S. 5—84; Beitr. z. G. der Inh.-Papiere in Deutschland. 1875, Gareis in Goldschm. Ztschr. XXI. 1876 S. 349 ff., Brunner in Goldschm. Ztschr. XXII. S. 42, 49, 51 ff. (über niederländ. Inhaberpapiere), S. 59—134, 505 bis 554 („die fränkisch-romanische Urkunde"), besonders S. 87 ff., 505 ff., XXIII. S. 225—262 („zur Geschichte des Inh.-Papiers in Deutschland").

[2]) Zu berichtigen ist Beselers Behauptung (§ 87 N. 1), daß solche Urkunden sich besonders in Baiern seit dem Anfang des 14. Jahrh. finden: sie kommen in den verschiedensten Gegenden und zwar schon im 13. Jahrhundert vor. Aus Italien hat Brunner zahlreiche Urkunden seit dem 8. Jahrh. beigebracht; eine Anzahl niederländ. Urkk. seit dem 13. Jahrh. bei Brunner XXII. S. 42, 51 ff.

[3]) Aehulich in Schweizer Urkunden: an den Gläubiger und seine Erben ald sinem gesinde (d. h. seinem Handlungspersonal) die diesen brief zoigent und inne hant, z. B. v. J. 1349 bei Amiet Geldwucherer in der Schweiz S. 225

[4]) Letztere Formel ist seit dem 16. Jahrh. in Gebrauch.

[5]) Ueber die Mittel der Legitimation, nicht bloß durch Willebriefe Brunner XXIII. S. 248 ff. — Während nach den Grundsätzen des Mittelalters die prozessualische Stellvertretung entweder untersagt oder sehr erschwert war, ermöglichte die Orderklausel die Einklagung der Forderung auch durch einen Stellvertreter, Brunner XXIII. S. 234 ff., auch XXII. S. 518 ff.

[6]) Vgl. über solche Urkunden Stobbe in Goldschmidt's Ztschr. XI. S. 421. Ich hatte gemeint, daß manchmal diese Formel ein kürzerer Ausdruck für „getreuer Inhaber" sei, im übrigen aber nachgewiesen, daß zweifellos bisweilen auch der bloße Inhaber berechtigt sein sollte. Brunner XXIII. S. 231

den rechtlichen Erwerb der Urkunde, sondern der Schuldner hat ihnen gemäß ohne weiteres dem Gläubiger oder dem Inhaber zu leisten[7]). Ganz besonders angemessen war diese Formel für Rentenbriefe[8]), welche Jahrhunderte hindurch ihre Wirksamkeit behalten sollten und für den Verkehr der Kapitalisten bestimmt waren. Welche Schwierigkeiten würde es gehabt haben, wenn der Inhaber eines Rentenbriefes, welcher seit seiner Ausfertigung durch viele Hände hindurch gegangen war, seinen rechtmäßigen Erwerb vom ersten Gläubiger her hätte nachweisen sollen.

3. Sehr selten sind während des Mittelalters reine Inhaberpapiere, in denen gar kein Gläubiger benannt ist[9]), und auch in den folgenden Jahrhunderten wurden regelmäßig nur unvollkommene Inhaberpapiere ausgestellt, sei es daß der neben dem Gläubiger aufgeführte Inhaber seinen Erwerb noch besonders nachweisen oder daß er durch den Besitz der Urkunde legitimirt sein sollte. In größerer Zahl kommen wirkliche Inhaberpapiere in Deutschland erst seit dem 18. Jahrhundert vor, seitdem der Staat Anleihen in der Weise aufnahm, daß er Papiere über kleinere Beträge ausstellte (Partialobligationen) und gegen Zahlung der betreffenden Summen

---

N. 6 hat wohl Recht, wenn er immer den zuletzt angegebenen Sinn annimmt und die erste Möglichkeit verwirft.

[7]) Zu dem von mir a. a. O. angeführten, dies beweisenden Magdeburger Schöffenspruch ist später noch ein neuer Beweis hinzugekommen in der Iglauer Entscheidung bei Tomaschek Iglauer Oberhof S. 152 ff.: der Gläubiger hatte einen Rentenbrief verloren, welcher zu seinen und des Inhabers Gunsten lautete. Der von ihm beklagte Besitzer beruft sich darauf, daß der Brief nicht aufgerufen sei und er ihn gekauft und die Renten 3 Jahre hindurch erhoben habe. Das Gericht entscheidet zu Gunsten des Besitzers. — Dafür spricht auch eine italienische Urkunde v. J. 1059 bei Brunner XXII. S. 129 ff.: berechtigt ist eine benannte Person oder derjenige, cui scriptum in manu pareret; vgl. auch die Belege bei Brunner XXIII. S. 257 f.

[8]) Stobbe a. a. O. S. 424 ff., Priv. R. § 104 N. 18 ff. — Uebrigens wurden Rentenbriefe, auch wenn sie nur den Namen des Gläubigers ohne die Inhaberklausel enthielten, vielfach als Inhaberpapiere behandelt und der Nachweis des Erwerbes vom Gläubiger her nicht erfordert, Höpken im Bremer Jahrb. VII. S. 191 f.

[9]) Beispiele bei Stobbe a. a. O. S. 426—428. — Für Deutschland hat Brunner keine neuen Belege angeführt, XXIII. S. 228 N. 2; dagegen bringt er XXII. S. 505 ff. Beispiele aus Salernitanischen Urkunden seit der Mitte des 10. Jahrhunderts.

emittirte[10]). Ebenso wurden auch die von landwirthschaftlichen Kreditvereinen ausgestellten Pfandbriefe au porteur gestellt und dann Inhaberpapiere in den verschiedensten Anwendungen kreirt, so Schuldscheine, welche Gemeinden, Eisenbahnen (Prioritäten), Großgrundbesitzer[11]), Großindustrielle, Aktiengesellschaften, Banken u. s. w. ihren Darleihern ausstellen, Urkunden über die Mitgliedschaft in einer juristischen Person (Aktien) u. s. w.[12]). Solche Papiere werden darum zweckmäßigerweise auf Inhaber gestellt, weil die in ihnen verkörperte Obligation, das in ihnen bescheinigte Recht präsumtiv eine lange Zeit hindurch bestehen und leicht von Einem auf den Andern soll übergehen können. Diese wirthschaftlichen Zwecke wären schwer erreichbar, wenn Jeder, welcher das Recht geltend machen wollte, den ordnungsmäßigen Erwerb bei sämmtlichen Besitzwechseln des Papiers von seiner Entstehung an nachweisen müßte.

4. Ein anderes Ziel wird verfolgt, wenn über Obligationen, welche in kürzerer Zeit erfüllt werden sollen, welche also nicht für den Verkehr bestimmt sind, Inhaberpapiere ausgestellt werden. Aus denselben Gründen, aus welchen die sg. Legitimationspapiere auf einen benannten Gläubiger oder den Inhaber ausgestellt werden, stellt man über derartige Forderungen auch einfache Inhaberpapiere aus: der Schuldner will dem Inhaber der Urkunde leisten, da ihm die Person des Gläubigers gleichgiltig ist und er der zeitraubenden und beschwerlichen Legitimationsprüfung darüber überhoben zu sein wünscht, ob der Präsentant der Urkunde die Person ist, in welcher die Forderung entstand, resp. welche von dieser das Forderungsrecht erwarb. Dahin gehören die als Inhaberpapiere ausgestellten Eisenbahnbillets, Theaterbillets und sonstige Eintrittskarten, Lotterieloose, Leihhausscheine, Assekuranzpolizen, Coupons u. s. w.[13]). Wenn

[10]) Kuntze Inh.-Papiere S. 76 ff., 79 ff.

[11]) Vgl. darüber Seuffert VII. no. 223.

[12]) Dem entspricht im ältern Recht, daß von dem Besitz der Urkunde ein Mundium, Wergeldansprüche, Erbrechte u. s. w. abhängig gemacht werden. Belege bei Brunner XXII. S. 87 f., 130.

[13]) Kuntze S. 5 ff., 18 ff., 487 ff., Bekker in s. Jahrb. I. S. 308 ff. — Daß auch Coupons und Talons in diese Kategorie der Inhaberpapiere gehören, Gareis in Busch Arch. XXXIV. S. 109 ff. — Gareis S. 98 sucht für diese Art von Papieren oder sonstigen Zeichen den Namen Legitimationszeichen einzuführen, weil sie oft nicht Urkunden, sondern Marken, Billets u. s. w. sind. —

gleich dieselben andern wirthschaftlichen Zwecken dienen sollen, als die für die Cirkulation bestimmten Inhaberpapiere, die sg. Geldpapiere, so darf man sie doch nicht in einen juristischen Gegensatz gegen die eigentlichen Inhaberpapiere stellen und für Quittungen erklären[14]); sie bleiben Inhaberpapiere und das Recht am Papiere und die Forderung aus dem Papier stehen unter denselben Grundsätzen, welche bei sonstigen Inhaberpapieren eintreten.

5. Aus civilrechtlichen Gründen läßt es sich nicht beanstanden, daß, wenn überhaupt Inhaberpapiere gültig sind, sie auch von einem Privatmann ausgestellt werden dürfen. Warum soll nicht der Aussteller einer Urkunde erklären, er wolle jedem Inhaber haften, und der Gläubiger durch Annahme des Papiers seinerseits es anerkennen, daß aus dieser Urkunde nicht bloß er und sein Rechtsnachfolger, sondern jeder Inhaber forderungsberechtigt sein soll! Weil aber auf eine Geldleistung lautende Inhaberpapiere leicht zu schwindelhaften und betrügerischen Operationen benützt werden können, da der einzelne Erwerber einer solchen Urkunde nicht übersehen kann, wie groß die Zahl der vom Schuldner ausgestellten Papiere ist und ob er noch auf ihre Bezahlung oder Verzinsung sich Rechnung machen

---

Es kommt auch vor, daß ein Bürge in der Urkunde erklärt, er wolle demjenigen als Bürge verhaftet sein, welcher durch Besitz der Urkunde sich als Gläubiger einer bestimmten Person ergebe, Seuffert XI. no. 218, XXI. 115 (vgl. oben § 171 N. 25 und ebenda N. 2 die Urk. v. J. 1200).

[14]) Dagegen auch Gareis S. 106 f. — Wo wäre die Grenze zwischen Quittung und Inhaberpapier? Auch den Staatsschuldschein könnte man aus diesem Gesichtspunkt eine Quittung nennen, weil er auch beweist, daß dem Aussteller des Papiers einmal die Baluta gezahlt ist. Mit Unrecht schreibt man dem Inhaberpapier Eigenschaften zu, welche doch nur einzelnen Arten desselben zukommen, und will Inhaberpapier und Geld- oder Werthpapier auf den Inhaber mit einander identifiziren. — In Betreff der Coupons sagt Gareis S. 114, sie seien weder Werthpapiere noch Beweisurkunden, sondern bloße Legitimationszeichen; „nur in Folge des Umstandes, daß sie den Inhaber legitimiren, treten einige Eigenthümlichkeiten ein, welche dem Zeichen den Anschein eines Inhaber- (Werth-) Papiers verleihen"; doch spreche dagegen, daß der Coupon kein abstraktes Summenversprechen sei. Aber womit ist denn die Prämisse bewiesen, daß nur über abstrakte Summenversprechen Inhaberpapiere ausgestellt werden? Sagen Prioritäten denn nicht, daß die ausfertigende Eisenbahn ein Darlehn erhalten habe und dasselbe dem Inhaber der Partialobligation verzinsen, resp. zurückzahlen wolle?

kann, so ist aus Zweckmäßigkeitsgründen[15]) die Ausstellung von Inhaberpapieren von der staatlichen Genehmigung abhängig gemacht[16]). In welchem Umfange aber ihre Creirung ohne staatliche Genehmigung verboten ist, hängt durchaus von der Bestimmung der Gesetze ab. Wenn auch einzelne derselben ihr Verbot ganz allgemein mit Bezug auf Urkunden aussprechen, durch welche sich Jemand zur Zahlung einer Geldsumme an den Inhaber verpflichtet[16a]), so sind sie doch zum Theil in einem einschränkenden Sinn zu interpretiren, wenn nämlich die Absicht des Gesetzgebers nicht dahin ging für

---

[15]) Einzelne Schriftsteller wollen auch ohne spezielles Verbot aus allgemeinen juristischen Gründen Privatpersonen die Ausstellung von Inhaberpapieren untersagen, so v. Savigny Obl. R. II. S. 122 ff., „weil die Beziehung auf unbestimmte Personen außer der Natur und dem Zwecke der Obligationen liegt", vgl. auch Bekker in s. Jahrb. I. S. 362 in Betreff der wirklichen Geldpapiere und in gewissem Umfange auch Kuntze Inh.-Papiere S. 535 ff., 544. — Dagegen für die obige Ansicht, daß das Civilrecht der Ausstellung nicht entgegensteht, Duncker in d. Ztschr. f. D. R. V. S. 50 ff., Thöl § 224 N. 4—7, Platner im Arch. f. civ. Pr. L. S. 217 N. 9, Goldschmidt Handb. I. S. 1220 f. (1. Aufl.), v. Gerber § 161 N. 14, Beseler § 87 N. 14 ff., Förster § 64 N. 31 ff., besonders aber die sehr reichhaltige Monographie von v. Poschinger die Lehre von der Befugniß zur Ausstellung von Inh.-Papieren. 1870, wo auch die einzelnen Partikularrechte durchgegangen werden; dafür auch Seuffert VII. S. 262 ff., X. S. 117 ff. (München) XIII. no. 55 (Goldschm. Ztschr. II. S. 546, Celle), XV. no. 237 (Goldschm. Ztschr. IX. S. 137 f., Stuttg.), Goldschm. Ztschr. XV. S. 594 ff. (Frankf.), Entsch. des ROH.Ger. XVII. S. 151 f. — Weitere Literatur bei Kuntze a. a. O. und in Seuffert XV. S. 407 N. 1.

[16]) Preuß. Ges. v. 17. Juni 1833, Oestr. BO. v. 24. Dez. 1847 (v. Savigny Obl. R. II. S. 129), Sächs. G. vom 7. Juni 1846 und Sächs. GB. § 1040, Baden'sches Handels Ges. B. art. 193 (nur von Staatsanstalten oder öffentlichen Wechselhäusern), Baden'sches Ges. v. 5. Juni 1860 (in § 1 wird der Satz 193 des HGBuchs aufgehoben; es dürfen also auch nicht mehr „Handelszettel auf Inhaber" von öffentlichen Wechselhäusern ohne Staatsgenehmigung ausgestellt werden), Zürich. GB. § 1097, 1100, Braunschw. G. v. 30. Apr. 1867, Meining. Ges. vom 18. Novbr. 1874, Ges. f. Schaumburg-Lippe vom 21. Febr. 1877 § 1, 2, Dresden. Entw. art. 81. — Nach Reichsgesetzen soll die Ausgabe von Banknoten (Reichsges. vom 27. März 1870, v. 14. März 1875 § 1) und von auf den Inhaber lautenden Prämienpapieren (Reichsges. v. 8. Juni 1871) nur mit Reichsgenehmigung erfolgen, vgl. Mandry Inhalt der Reichsgesetze. 2. Aufl. S. 186 ff.

[16a]) Z. B. das Preuß. Gesetz v. 1833.

jedes Inhaberpapier auf Zahlung einer Geldsumme die staatliche Genehmigung zu verlangen[17]).

Wird ein Inhaberpapier ohne die erforderliche staatliche Autorisation ausgestellt, so trifft den Aussteller die im Gesetz vorgesehene Strafe; bestimmt das Gesetz nicht zugleich, daß das Inhaberpapier nichtig sein soll, so ist der Schuldner dem Inhaber verpflichtet und darf sich ihm gegenüber nicht darauf berufen, daß sein Versprechen unerlaubt war[18]).

Für gewisse Arten von Kreditpapieren bestimmt das Gesetz, daß sie nicht als Inhaberpapiere ausgestellt werden und, wenn es doch geschehen ist, ungültig sein sollen[19]).

§ 180. Inhaberpapiere. II. Rechtsgrundsätze[1]).

Die Theorie der Inhaberpapiere schwankt nach sehr wichtigen Richtungen hin. Der hauptsächlichste Grund dafür liegt darin, daß

---

[17]) Z. B. werden Lebensversicherungspolizen auf den Inhaber dadurch nicht ausgeschlossen, Goldschm. Ztschr. IX. S. 142 f., XIV. S. 632 ff. Das Züricher GB. art. 1103 bestimmt, daß die Beschränkungen keine Anwendung finden „auf solche Geldschuldscheine auf den Inhaber, welche nur in einzelnen Geschäften vorkommen".

[18]) Bekker a. a. O. S. 364 ff., 372 ff., Mandry a. a. O. S. 188. — HGB. art. 173 und Braunschw. Ges. v. 30. Apr. 1867 § 1: der Aussteller ist „den Besitzern für allen durch die unbefugte Ausstellung verursachten Schaden verhaftet." Nach Kuntze S. 545 f. haftet der Aussteller nicht dem Inhaber, sondern nur seinem Nehmer, und hat überhaupt der Papierinhaber nur eine Regreßklage gegen seinen Vormann aus dem Uebertragungsgeschäft.

[19]) Keine Wechsel auf den Inhaber, Wechs. O. art. 4 no. 3, art. 96 no. 3, keine Aktien einer Commanditgesellschaft auf Inhaber, HGB. art. 173; keine Interimsscheine auf den Inhaber über die auf Aktien geleisteten Partialzahlungen, art. 222.

[1]) Ueber die Dogmengeschichte vgl. Kuntze Inh. P. S. 94 ff., 107 ff., 360 ff. N. 4, 525. Aus der Literatur über Inhaberpapiere führe ich nur die wichtigsten neueren Werke an (reichhaltigere Angaben bei Thöl § 222, die historische Literatur ist § 179 N. 1 angeführt): Thöl Handelsrecht (5. Aufl.) § 222 bis 232, v. Savigny Obl. Recht II. 1853 S. 88—186, Renaud Ztschr. f. d. R. XIV. 1853 S. 315—366 (vgl. dens. auch in d. krit. Ueberschau V. S. 397 bis 421 [besonders über die gleich zu nennende Schrift von Unger] und in Goldschmidt's Ztschr. I. S. 460 ff. [über das Werk von Kuntze]), Sachsze ebendas. XVII. 1857 S. 29—90, Unger die rechtliche Natur der Inhaberpapiere 1857,

es für eine Anzahl der wichtigsten Detailfragen ebenso sehr an gesetzlichen Normen und einem festen Gewohnheitsrecht, wie an einem ausgebildeten Juristenrecht fehlt. Demgemäß gehen die einzelnen Autoren entweder von den allgemeinen Prinzipien aus, welche sie für dem Wesen des Instituts entsprechend halten, und suchen aus denselben die Detailsätze als Consequenzen zu gewinnen, oder umgekehrt, sie versuchen die speziellen Fragen nach Billigkeitsrücksichten oder nach ihrer Auffassung von dem Wesen und den Bedürfnissen des Verkehrs zu entscheiden und schreiten von den so selbstgeschaffenen Prämissen zu den allgemeinen Prinzipien weiter fort. Nothwendigerweise entbehrt das Resultat bei beiden Methoden der zwingenden Kraft: so lange die Gesetzgebung nicht die einzelnen Zweifel entscheidet oder die Praxis nicht durch Präjudizien ein festes Fundament schafft, wird die Doktrin in wesentlichen Beziehungen schwanken; denn wer mit lauter unbestimmten Größen operirt, darf sich auf sichere Ergebnisse keine Rechnung machen.

1. Inhaberpapiere sind Urkunden, in denen sich der Aussteller jedem Inhaber des Papiers als solchem zu einer Leistung verbindlich macht. Sie können ein abstraktes Versprechen enthalten, sie können aber auch die causa debendi des Versprechens angeben, z. B. der Aussteller habe ein Darlehn erhalten u. s. w. Inhaberpapiere sind Urkunden über Obligationen, kein Papiergeld, kein allgemeiner

---

Kuntze die Lehre von den Inhaberpapieren oder Obligationen au porteur 1857, Bekker in s. Jahrb. I. 1857 S. 266—325, 360—426 (vgl. denselben auch in Goldschm. Ztschr. IV. 1861 S. 562—565). — Eine eingehende Beurtheilung der Schriften von Unger, Kuntze und Bekker gab Jolly in d. Ztschr. f. Hand. Recht I. S. 177—194, 333—359. — Wachsmuth Beitr. z. Lehre von den Verbriefungen auf den Inhaber mit besonderer Beziehung auf das Königreich Hannover, in d. Magazin f. Hannov. R. IX. 1859 S. 355—379 (hierin ein Gutachten von Mühlenbruch aus dem J. 1836). — Platner im Arch. für civ. Pr. XLII. 1859 S. 111 ff., besonders S. 189—246, v. Gröning ebendas. XLIV. 1861 S. 363—390, XLV. 1862 S. 67—98, Wolff in Goldschm. Ztschr. VII. 1864 S. 41—87, Adolf Stein Skizze einer Theorie der Inhaber- und Orderpapiere 1871 (vgl. darüber Laband in Goldschm. Ztschr. XVII. S. 341—343), Siegel Versprechen als Verpflichtungsgrund 1873 S. 108 bis 128, Gareis in Busch Arch. XXXIV. S. 97—124. — v. Gerber § 161, Beseler § 87, Bluntschli § 116—118, Gengler Privatr. (3. Aufl.) S. 438 ff. — Endemann Handelsr. § 86, Förster Preuß. Priv. R. I. § 64.

Werthmesser[2]). Von den Legitimationspapieren unterscheiden sie sich dadurch, daß sie nicht bloß den Schuldner der Legitimationsprüfung gegenüber dem Inhaber überheben, sondern auch dem Gläubiger den Erwerb der Forderung erleichtern wollen.

2. Die Verpflichtung des Ausstellers aus dem Papier jedem Inhaber gegenüber beruht nicht auf seinem Vertrage mit dem ersten Nehmer, sondern auf der Ausfertigung und Emission der Urkunde (§ 171. IV). Der spätere Erwerber der Urkunde erwirbt nicht das seinem Vorbesitzer zustehende Recht als dessen Singularsuccessor, sondern er wird Gläubiger, weil er die Urkunde besitzt, in welcher der Schuldner in rechtsverbindlicher Weise erklärt hat, dem Inhaber verpflichtet sein zu wollen: seine Gläubigerschaft beruht nicht auf der Succession in das erste Gläubigerrecht, sondern auf dem Willen des Schuldners, welcher auch ihm verpflichtet sein zu wollen erklärt hat[3]).

3. Das Inhaberpapier ist eine Sache: es ist kein werthloser Streifen Papier, es ist nicht bloß eine Beweisurkunde über eine bestehende Obligation, sondern es ist ein Werthobjekt. Wie ein werthloses Futteral ein kostbares Geschmeide enthalten kann und mit der Uebergabe des Futterals auch der Inhalt übertragen wird, so schließt das Papier gewissermaßen die Forderung ein und wird der Inhaber des Papiers auch Gläubiger der Forderung[4]). Nur wer diese

---

[2]) Thöl § 225, v. Savigny II. S. 116 f., Kuntze S. 408 ff. 437 ff., Goldschmidt Handb. I. 1218 ff., 1220 ff.

[3]) Die Anhänger der Vertragsnatur kämpfen mit großen Schwierigkeiten, um den Uebergang der Forderung auf den späteren Inhaber zu erklären, welcher doch das besondere hat, daß dem Inhaber gegenüber nicht auf das ursprüngliche Rechtsverhältniß zwischen dem Aussteller und dem ersten Nehmer der Urkunde zurückgegangen werden darf. Unger will durch die Delegation helfen, der Cedent des Papiers sei stillschweigend vom Aussteller bevollmächtigt, mit dem folgenden Nehmer der Urkunde eine Novation abzuschließen. Nach Kuntze S. 295 ff. tritt bei jeder Uebergabe der Urkunde die Wirkung der Novation ein; eine Novation durch Papierlauf kraft Pollizitationsaktes.

[4]) Anderer Ansicht z. B. Ihering in s. Jahrb. I. S. 49: nach ihm ist das Papier nur das Mittel zur Begründung einer Obligation; der Inhaber hat das Recht, die Obligation zu erwerben; seine Obligation entsteht, wenn er die Forderung gegen den Schuldner erhebt. — Aehnlich Goldschmidt in s. Ztschr. III. S. 275: es läge eine durchaus unbestimmte Reihe möglicher Gläubiger vor; durch die wirkliche Ausübung der Obligation gegenüber dem

Sache besitzt, kann die Forderung geltend machen und andererseits wird der Schuldner durch Leistung gegen das Papier befreit, gleichviel wie es mit dem Recht des Inhabers am Papier bestellt war. So steht die Obligation nicht bloß unter Regeln des Obligationenrechts, sondern wird wegen ihrer innigen Beziehung zu der Sache, in welcher sie verkörpert ist (oben § 173. IX.), auch von sachenrechtlichen Grundsätzen erfaßt.

An dem Papier als einer Sache sind die verschiedensten sachenrechtlichen Beziehungen denkbar: Eigenthum, Pfandrecht, Ususfruktus, Besitz auf Grund eines Rechtsgeschäfts oder ohne ein solches, bonae fidei possessio und malae fidei possessio u. s. w. Nach den Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs steht der bonae fidei Erwerber dem Eigenthümer des Papiers völlig gleich (vgl. Abschnitt 5).

4. Versteht man entsprechend der regelmäßigen Bedeutung des Worts unter Gläubiger diejenige Person, an welche der Schuldner verpflichtet und berechtigt ist zu zahlen, so ist Gläubiger der Forderung aus einem Inhaberpapier derjenige, welcher es besitzt: denn nur er kann die Forderung geltend machen und nur durch Zahlung an ihn wird der Aussteller von seiner Verbindlichkeit frei. Wer ein Inhaberpapier ausstellt, verspricht den Inhaber der Urkunde ohne Rücksicht auf dessen Recht am Papier als Gläubiger behandeln zu wollen, und wer das Inhaberpapier nimmt, muß auch die Consequenz tragen, daß der Schuldner durch Leistung an den bloßen Inhaber frei wird. Mag auch ein Anderer als der Detentor Eigenthümer des Papiers sein, so ist er doch nicht Gläubiger; er kann weder vom Schuldner die Leistung fordern, noch wird letzterer durch Leistung an ihn von seiner Verbindlichkeit frei.

Auch der bloße Detentor, welcher für den Eigenthümer das Papier besitzt, z. B. der Depositar oder ein malae fidei possessor, welcher es durch Delikt erworben hat, ist Gläubiger, so lange er das Papier besitzt, und der Schuldner wird durch Leistung an ihn frei. Wenn auch der Dieb oder der Depositar die Forderung nicht erheben soll und ihnen der Eigenthümer das Papier abstreiten und

---

Schuldner bestimme sich, wer von den möglichen der wirkliche Gläubiger sei; bis dahin sei die Gläubigerschaft in pendenti. Ihm schließt sich Förster I. § 64 N. 27 ff. an.

dadurch ihre Gläubigerschaft zerstören kann, so sind sie doch während der Zeit ihres Besitzes Gläubiger.

Der Eigenthümer, welcher sein Papier einem Andern zu Pfand oder zur Aufbewahrung übergiebt oder welcher es gegen seinen Willen verloren hat, bleibt Eigenthümer, aber er ist nicht Gläubiger, so lange er nicht wieder in den Besitz des Papiers gekommen ist. Es ist überflüssig und unzulässig, zwischen einem wahren Gläubiger und demjenigen zu unterscheiden, welcher nicht wahrer Gläubiger ist, sondern nur als Gläubiger legitimirt ist. Der nicht besitzende Eigenthümer ist nicht Gläubiger, aber er hat in seiner Vindikation oder Kontraktsklage ein Mittel, um die ihm verloren gegangene Forderung für sich zu reproduciren. Während der einfache Detentor die Forderung hat, aber sie nicht geltend machen soll, hat der nicht besitzende Eigenthümer nicht die Forderung, aber ein Recht auf die Forderung; jener hat ein Recht aus dem Papier, dieser ein Recht am Papier[5]).

---

[5]) So formuliren Bekker S. 378, Beseler § 87 IV., Siegel S. 111 N. 4.; und überhaupt erklären den Inhaber für berechtigt Gerber § 161, Beseler § 87 VI., Siegel S. 115 und Andere.

Aber Andere verwerfen diese Ansicht. v. Savigny II. S. 135 sagt: „als wahrer Gläubiger ist allerdings der Eigenthümer des Papiers zu betrachten. Allein mit dem thatsächlichen Besitz ist stets die Vermuthung des Eigenthums verbunden." „Der Besitzer kann alle Rechte des Eigenthümers ausüben, so lange nicht ein Einspruch erfolgt"; zustimmend Renaud S. 339 ff. — Umgekehrt sagt (entschieden irrig) Bluntschli § 117ᵃ. 5: „Der Besitzer wird nicht bloß als Gläubiger vermuthet, er ist der Gläubiger und der Gläubiger ist Eigenthümer des Werthpapiers." — Noch Andere sehen das Papier nicht als den eigentlichen Werthträger an und machen den Uebergang der Forderung nicht unbedingt vom Schicksal des Papiers abhängig; dieselbe stehe nicht ohne weiteres dem Inhaber des Papiers zu. So ist nach Kuntze S. 303 ff. der juristische Besitzer forderungsberechtigt, nach Endemann § 86 N. 13 „der legale Inhaber", nach Dernburg II. S. 193: „der gutgläubige Erwerber", was zum Theil darauf hinauskommt, daß der Eigenthümer berechtigt sei, da der b. f. Erwerb Eigenthum giebt (HGB. art. 308 vgl. mit art. 307 und in diesem Paragraph Abschn. 5). — Insbesondere wollen mehrere Schriftsteller, namentlich Thöl § 223 S. 74 ff., § 225 II., § 226 II. (wo die verschiedenen Ansichten besprochen werden) zwischen dem Gläubiger — dies sei immer nur der redliche Inhaber — und zwischen dem Inhaber unterscheiden, welcher als solcher gegenüber dem Schuldner zur Forderung legitimirt sei. Gläubiger sei nur, wem als Inhaber das Papier nicht von einem Andern abverlangt

Diese Natur der Inhaberpapiere hat ihre gesetzliche Anerkennung gefunden im Sächsischen Gesetzbuch § 1039: „Bei Urkunden, welche auf den Inhaber lauten, gilt jeder Inhaber der Urkunde, so lange er sie inne hat, als Berechtigter gegen den durch die Urkunde Verpflichteten"; § 1045: „Der aus dem Inhaberpapier Verpflichtete ist nicht berechtigt, aus der Art der Erwerbung der Urkunde durch den Inhaber Einwendungen gegen diesen zu machen." Das Züricher Gesetzbuch § 1104 bestimmt entsprechend: „der Schuldner ist weder berechtigt noch verpflichtet, den Nachweis darüber zu fordern, in welcher Weise der Zahlung fordernde Inhaber der Urkunde in den Besitz derselben gekommen sei. Der jeweilige Inhaber des Schuldpapiers gilt als der rechtmäßige Gläubiger." Und auf demselben Standpunkt stehen der Dresdener Entwurf art. 17 und 347 und das Schweizer Obligationenrecht art. 846, nur daß sie noch hinzufügen, es könne an den Schuldner ein gerichtliches (oder polizeiliches) Zahlungsverbot ergehen.

Freilich läßt es sich nicht verkennen, daß die ausnahmslose Durchführung dieser Prinzipien weder der aequitas noch den Bedürfnissen des Verkehrs entspricht, und daß die Einschränkungen, welche in der Literatur oft vertheidigt werden, auch eine gesetzliche Anerkennung verdienen. Dahin würde a) gehören, daß der Schuldner nicht zu zahlen braucht, wenn er sofort zu beweisen vermag, daß der Inhaber offenbar kein Recht am Papier hat und weder Eigenthümer noch vom Eigenthümer zur Geltendmachung der Forderung beauftragt ist[6]). Er müßte dann die Zahlung zurückhalten dürfen

---

werden könne; der Besitz begründe nur die Vermuthung des Rechts zur Geltendmachung und Uebertragung der Forderung. Ebenso Goldschmidt in s. Ztschr. IX. S. 62., Stuttg. Erk. daselbst IX. S. 138 f.

Bekker S. 292 ff.: „das Papier selbst ist . . . Gläubiger . . . Das Forderungsrecht erscheint als ein subjektiv dingliches, als aktives Realrecht." „Weil das Papier als Rechtssubjekt auftritt, darum besteht die Forderung auch dann wenn das Papier ohne Herrn und ohne Besitzer ist, zu keiner Person in irgend welchem Rechtsverhältnisse steht." Der Detentor habe nicht das Recht Zahlung zu verlangen, aber werde als Eigenthümer präsumirt; wer als bloßer Detentor erwiesen sei, gelte im Zweifel als vom juristischen Besitzer zur Zahlungsannahme ermächtigt. — Die Personifikationstheorie Bekker's hat bereits ihre Vorläufer; vgl. Kuntze S. 135 f. über Schweppe.

[6]) Thöl § 228, Mühlenbruch in dem (N. 1) angef. Gutachten S. 372

und würde nur dem Risiko unterliegen, dem Inhaber sein Interesse wegen verzögerter Leistung ersetzen zu müssen, falls er mit seinem Widerspruch nicht durchdringt.

Und b) es würde der Schuldner dem Inhaber nicht zahlen dürfen und wenn er es doch thut, dem Eigenthümer verantwortlich werden, wenn er weiß und zu beweisen vermag, daß der Inhaber kein derartiges Recht an dem Papier hat, daß er die Forderung geltend machen darf[7]).

Doch würde bei Anerkennung dieser Sätze es besonderer Cau-

(„Wenn nach klar vorliegenden thatsächlichen Umständen ein Grund vorhanden ist, welcher es auch nur zweifelhaft macht, ob der Inhaber rechtmäßiger Eigenthümer des Papieres oder aber zur Erhebung der Forderung berechtigt sei, so muß der Inhaber eines solchen Papieres ebenso gut wie jeder Andere, der einen Anspruch geltend zu machen sucht, sich es gefallen lassen, daß der Rechtsverfolgung einstweilen Anstand gegeben werde."), Goldschmidt Ztschr. IX. S. 62, Bluntschli § 117[b] (der Schuldner dürfe bei liquider Unredlichkeit die Zahlung verweigern), Beseler § 87 hinter N. 25 (nicht im Interesse des Vorbesitzers, sondern nur im Interesse der Strafrechtpflege dürfe er unter verdächtigen Umständen die Zahlung vorläufig verweigern). — Vgl. auch die Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten über diesen Punkt bei Kuntze S. 625 ff., Bekker S. 394 ff. — Das Würtemb. Ges. v. 16. Sept. 1852 § 15 bestimmt mit Bezug auf die auf den Inhaber lautenden Würtemb. Staatsschuldscheine: „geht der Staatsschulden-Zahlungskasse ein Schuldschein verloren, so kann sie, selbst ohne gerichtliche Ermächtigung dem sich meldenden Inhaber desselben die Zahlung verweigern, und ihm die Betretung des Rechtsweges überlassen. Die Klage des Inhabers wird durch die Einrede entkräftet, daß er den Schuldschein in bösem Glauben erworben habe."

[7]) Goldschmidt Ztschr. IX. S. 62; Thöl § 229 S. 692 (wenn ein Anderer ihn auffordert nicht zu zahlen, „unter dem Erbieten, die Gefahr und Verantwortlichkeit auf sich nehmen zu wollen, und unter genügender Sicherstellung wegen Erfüllung dieses Versprechens"); vgl. auch Bekker S. 396 f. Der Schuldner wird durch Zahlung nur befreit, wenn er bona fide zahlte, Gengler § 127 N. 7, Dernburg II. § 88. Dagegen Kuntze S. 627 f. — Soll nicht z. B. der Aussteller verpflichtet sein die Zahlung zurückzuhalten, wenn vor seinen Augen der Präsentant das Papier entwendet hat? — Das OAGer. zu Celle erkannte 1839 (Magazin f. Hannov. R. IX. S. 360): daß „der Schuldner die ihm bekannte ungetreue Innehabung des Präsentanten zu rügen nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist." Unvereinbar mit dem Wesen der Inhaberpapiere ist die Behauptung von Endemann § 86 S. 409, daß der Aussteller berechtigt und verpflichtet sei, zu prüfen, ob die Innehabung des Präsentanten nicht eine widerrechtliche, unredliche sei.

telen bedürfen, um zu verhindern, daß der Schuldner nicht aus ihnen die Gelegenheit gewinnt, in widerrechtlicher Weise die Zahlung hinauszuschieben.

5. Das Forderungsrecht aus einem Inhaberpapier geht nicht durch Cession und nicht ohne Uebergabe des Papiers, sondern nach sachenrechtlichen Grundsätzen durch Uebergabe des Papiers von einem auf den andern Gläubiger über[8]). Der Erwerber des Papiers wird Gläubiger, nicht, weil sein Vorgänger Gläubiger war, sondern weil er ein Papier erwirbt, in welchem der Schuldner erklärt hat, dem Inhaber verpflichtet sein zu wollen. Wenngleich jeder Inhaber Gläubiger ist, so erwirbt doch nur derjenige die Forderung in sicherer, unnehmbarer Weise, welcher das Papier auf Grund eines auf Eigenthumsübertragung gerichteten Geschäfts erhalten hat.

Der Veräußerer haftet dem Erwerber dafür, daß ihm eine Forderung aus dem Papier zustehe, also daß es echt, daß es nicht amortisirt sei u. s. w.[9]), aber nicht dafür, daß es den vollen Nennwerth habe[10]). An sich würde der Veräußerer auch für das habere licere einzustehen haben. Da aber nach neuerem Recht bei eigener bona fides des Erwerbers eine Vindikation nicht stattfindet, so kann von einem Regreß wegen Eviktion jetzt keine Rede sein[11]).

Für ganz Deutschland sind nämlich die Voraussetzungen für den derivativen Eigenthumserwerb an Inhaberpapieren leichtere, als für andere Mobilien: wird ein Inhaberpapier veräußert und über-

---

[8]) Thöl § 230 N. 5 behauptet, es sei auch eine Uebertragung der Forderung ohne Uebergabe des Papiers möglich. Indessen kann doch der Käufer eines Papiers, welchem es nicht übergeben ist, weder den Aussteller desselben in Anspruch nehmen, noch, wenn der Veräußerer das Papier später einer anderen Person übertrug, von dieser es herausverlangen: er hat also keine Forderung.

[9]) Seuffert III. no. 26, Goldschmidt Ztschr. IX. S. 373 f., 376. — Der Veräußerer ist regreßpflichtig, wenn er ein amortisirtes, nicht aber, wenn er ein Papier veräußert, für welches die Amortisation eingeleitet ist, falls dem Erwerber noch Zeit bleibt, um sein Recht geltend zu machen, Entsch. des ROHGer. V. S. 234 ff.

[10]) Thöl § 230 N. 6, 7, Kuntze S. 703 ff. — An sich würden auch die Grundsätze von der laesio enormis anzuwenden sein, Seuffert VI. 306 (Darmstadt); vgl. indessen jetzt Hand.GB. art. 286.

[11]) Thöl § 230.

geben, so erlangt der redliche Erwerber das Eigenthum, auch wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer war, selbst wenn das Papier gestohlen oder verloren ist. Das früher begründete Eigenthum erlischt. So bestimmt das Handelsgesetzbuch (Art. 306 vgl. mit 307). Während ein Cessionar nur dann Gläubiger wird, wenn alle Uebergangsakte zwischen ihm und dem ersten Gläubiger in Ordnung sind, wird der bonae fidei Erwerber Eigenthümer des Papiers, gleichviel welche Schicksale dasselbe früher gehabt hat.

Giebt Jemand sein Papier einem Andern zum Pfande, deponirt er es u. s. w., so soll der Pfandgläubiger, Depositar u. s. w. die Forderung nicht geltend machen, aber dem Schuldner gegenüber ist er Gläubiger. Ihm ist nicht die Forderung verpfändet, deponirt u. s. w., sondern es bezieht sich das Rechtsgeschäft auf die Sache, auf die Urkunde, welche ein Werthobjekt ist und dem Inhaber die Möglichkeit gewährt, eine Geldpräftation zu erlangen[12]). Der Deponent, Pfandschuldner u. s. w. bleibt Eigenthümer der Urkunde, ist aber dem Schuldner gegenüber nicht zur Geltendmachung der Forderung berechtigt, weil er das Papier nicht besitzt. Wird ihm von seinem Contrahenten das Papier vorenthalten, so hat er um sich zum Zweck der Ausübung der Forderung in den Besitz des Papiers zu setzen gegen ihn die Contraktsklage, und falls er Eigenthümer ist, die Vindikation.

6. Wenn der Aussteller durch Kauf, Einlösung, Erbschaft u. s. w. das von ihm ausgestellte Papier zurückerwirbt, geht die Obligation durch das Zusammenfallen von Gläubiger und Schuldner nicht unter. Selbstverständlich kann er die Forderung nicht gegen sich selbst geltend machen; die Obligation ruht während seines Besitzes. Aber sie erwacht, sobald das Papier in eine andere Hand gelangt. Die Obligation bleibt so lange bestehen, bis der Aussteller durch Cassation des Papiers seinen Verpflichtungswillen zurücknimmt[13]).

---

[12]) Kuntze S. 692, 695.

[13]) v. Ihering in s. Jahrbb. X. S. 454 f. — Dies muß auch für den Fall gelten, daß das Papier dem Aussteller, nachdem er es zurückerworben hat, gestohlen wird. Anderer Ansicht Mühlenbruch S. 377 f., welcher annahm, daß durch Rückgabe an den Aussteller das Papier aufgehört habe, ein Inhaberpapier zu sein und daß der Schuldner dem jetzigen Inhaber dies einredeweise entgegen halten könne.

7. Wie bereits erwähnt, kann der nicht besitzende Eigenthümer sein Papier vindiciren[14]). Gegenstand der Vindikation ist nicht die Forderung, sondern das Papier als Träger der Forderung, als Werthobjekt. Der Kläger bestreitet nicht, daß der Beklagte Gläubiger sei, sondern daß er ein Recht habe das Papier zu besitzen und demgemäß Gläubiger zu sein.

Aus dem Wesen des Inhaberpapiers läßt sich weder folgern, daß es überhaupt nicht vindicirt werden dürfe[15]), noch daß die Vindikation nur dem m. f. possessor gegenüber zulässig sei[16]). An sich würde die Klage gegen jeden Besitzer, gleichviel ob er in bona oder in mala fide ist, gerichtet werden können[17]). Doch wurde da, wo nach deutschem Recht die Vindikation ausgeschlossen ist, wenn der Eigenthümer seine Sache freiwillig aus der Hand gelassen hat, die Regel: „Hand wahre Hand" frühzeitig auch auf die Inhaberpapiere angewandt[18]). Aber auch in anderen Rechtsgebieten wurde die Vindikation aus rechtspolitischen Rücksichten eingeschränkt. Da es selbst bei Anwendung aller diligentia für einen Erwerber oft kaum möglich sein wird, in Erfahrung zu bringen, ob der Veräußerer zur Veräußerung berechtigt ist, und da andererseits der Verkehr mit diesen Papieren in zweckwidriger Weise beschränkt würde, wenn man sie nur von demjenigen kaufen sollte, welcher sein Veräußerungsrecht nachwiese, so bestimmte eine Reihe von Partikularrechten, daß die

---

14) Ueber die Vindikation vgl. Thöl § 231, Kuntze S. 649—689, Goldschmidt Ztschr. VIII. S. 301 f., IX. S. 55 ff., Wolff ebendaselbst S. 51 ff.

15) Gelegentlich ist die Nichtvindikabilität vertheidigt worden; vgl. über diese Ansicht Thöl § 231 II., Kuntze S. 658 ff., Wolff S. 51 ff.

16) Thöl, Bekker S. 277, 379 ff. und Andere wollen a priori die Vindikation nur gegen den m. f. possessor zulassen; diese Ansicht hat auch in der Praxis vor dem HGBuch Eingang gefunden. Seuffert V. no. 4, XIII. no. 56 (Celle, Goldschm. Ztschr. II. 545 ff.), VI. 313 (Darmstadt), Kuntze S. 669 N. 10.

Thöl selbst leugnet, daß es sich hier überhaupt um sachenrechtliche Grundsätze handelt; vgl. gegen ihn Kuntze S. 663 f.

17) Erkenntnisse für die Vindikation gegen den b. f. possessor bei Goldschmidt VII. S. 505 ff. (Basel), Kuntze S. 669 N. 11.

18) So sollten die den Inhaberpapieren gleichgestellten Rentenbriefe nach Bremer Recht nur, wenn sie gestohlen oder geraubt wären, vindicirt werden dürfen, Höpken im Bremer Jahrb. VI. S. 189, 193, vgl. auch S. 299 f. — Ein Prozeß über einen verlorenen Brief gegen den jetzigen Besitzer bei Tomaschek Iglauer Oberhof S. 152—154.

Vindikation nur gegen den malae fidei possessor oder gegen denjenigen zulässig sei, welchem beim Erwerbe eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt[19]). Schließlich hat das Handelsgesetzbuch art. 307 die Vindikation gegenüber dem redlichen Erwerber ausgeschlossen, aber nach art. 308 diejenigen partikulären Sätze bestehen lassen, welche für den Besitzer noch günstiger lauten, also überhaupt die Inhaberpapiere für nicht vindikabel erklären.

8. Hat der Eigenthümer sein Papier verloren und kennt er nicht den gegenwärtigen Besitzer, von dem er es vindiciren könnte, oder behauptet er, daß das Papier zu Grunde gegangen sei, bevor er die ihm zuständige Leistung erhalten habe, so erscheint es als eine Unbilligkeit, die strengen Consequenzen aus dem Wesen des Inhaberpapiers zu ziehen und ihn definitiv seine Forderung verlieren zu lassen. Um ihm zu helfen ist einem alten Gewohnheitsrecht entsprechend (vgl. oben § 173 N. 49 ff.) in zahlreichen Partikularrechten für alle oder für gewisse Arten von Inhaberpapieren das Amortisationsverfahren zugelassen und geregelt[20]). Demgemäß wird

---

[19]) Oestr. GB. § 371, Braunschw. Ges. v. 7. März 1842 § 9, Hannöv. G. v. 5. Apr. 1859 § 1 (ältere Bestimmungen gleichen Inhalts bei Grefe II. S. 113), Hamburg. G. v. 12. Aug. 1846 § 15, Altenburger G. v. 16. März 1858, Koburger Ges. v. 22. Mai 1858, Sächs. GB. § 296 (ältere sächs. Bestimmungen Haubold § 188 N. c. und Zus. 2, Haubold II. S. 331 f., Kuntze S. 681 ff., Schmidt Vorlesungen I. S. 236 f.; über sächs. Partikularrechte Heimbach § 188. 2), Nassau'sches Ges. v. 2. Juni 1860 § 11, Zürich. GB. § 1098, 1106, Ges. für Baselstadt v. 12. März 1864 § 3. — Preuß. Ldr. I. 15. § 47. vgl. mit § 45, 46 (auch gegen den b. f. Erwerber, wenn er das Papier unentgeltlich erhielt). — Andere Partikularrechte älterer Zeit bei Kuntze S. 685 ff.

[20]) Ueber die Amortisation oder Mortifikation der Inhaberpapiere Kuntze S. 712 ff., Thöl § 232, Dernburg II. § 90, Wolff S. 65 ff., mit Bezug auf Aktien Renaud das Recht der Aktiengesellschaften 2. Aufl. 1875 S. 447 ff. — Gemeinrechtliche Bestimmungen enthält die Reichs-Civilprozeßordnung § 837 ff.

Ueber Partikularrechte Kuntze S. 723 ff. — Vgl. außerdem Ges. f. Hamburg v. 12. Aug. 1846, Meiningen v. 8. Juni 1859 u. 14. Okt. 1872 (Goldschm. Ztschr. XVIII. S. 476 ff.), Koburg v. 30. Novb. 1858, Oldenb. v. 5. Apr. 1867 (das. XVI. S. 465), Oestr. v. 3. Mai 1868, Würtemb. v. 13. März 1868 (die beiden letzten im Beilageheft zu Goldschm. Ztschr. XII. S. 184 ff.), Schwarzb. Rudolst. v. 15. Aug. 1873, Schweiz. Obl. R. art. 849 ff. — Einzelne Gesetze lassen die Amortisation nur für Staatspapiere zu, so das

um zu konstatiren, daß kein Anderer das Eigenthum am Papier hat, auf Antrag des Verlierers, welcher seinen Verlust, sowie die Thatsachen, von welchen seine Berechtigung abhängt, bescheinigt, ein Aufgebotsverfahren von Gerichtswegen angeordnet und der etwaige Inhaber bei Verlust seiner Ansprüche aufgefordert, sich mit seinem Papier zu melden. Behauptet der Antragsteller die Vernichtung des Papiers, so will man durch das Verfahren feststellen, daß man dieser Behauptung vertrauen dürfe; giebt er einen sonstigen Verlust an, so soll die Entscheidung ermöglicht werden, ob er oder der jetzige Inhaber das Recht am Papier habe.

Hat das Aufgebotsverfahren Erfolg und meldet sich ein Besitzer, so entscheiden zwischen ihm und dem Impetranten die Grundsätze über die Vindikation; meldet sich Niemand, so wird das aufgebotene Papier für nichtig, für todt erklärt (Amortisation, Mortifikation) und der Schuldner angewiesen dem Impetranten entweder ein neues Papier auszustellen oder wenn schon jetzt die Forderung aus dem Papier fällig ist, ihm zu erfüllen.

Das Amortisationsverfahren, welches im Interesse des Verlierers ausgebildet ist, kann unverkennbar zum Nachtheil eines berechtigten Gläubigers, des b. f. Besitzers des Papiers ausschlagen; denn das öffentliche Aufgebot liefert keine Garantie, daß der Besitzer auch Kunde von demselben erhält. Es ist möglich, daß er sein Recht aus dem Papier verliert, ohne die faktische Möglichkeit gehabt zu haben,

---

Württ. G. v. 16. Sept. 1852; ebenso das rheinische Recht, vgl. die Entscheidungen bei Goldschm. Ztschr. IX. S. 147, Hauser Ztschr. II. S. 455 ff. — Pfandscheine sind amortisirbar nach statutarischen Bestimmungen, Goldschmidt Ztschr. XI. S. 619 f. — Ausgeschlossen ist die Amortisation vielfach für Coupons, Dividendenscheine, Talons vgl. Entsch. d. ROHGer. X. S. 320 ff., außerdem Meining. Gesetz v. 8. Juni 1869 § 2, 11 (Goldschmidt Ztschr. XVIII. S. 477). — Das Preuß. Gesetz für die Provinz Schlesw. Holstein v. 10. März 1877 § 1 bestimmt die Amortisation für „Aktien und auf Inhaber lautende Schuldverschreibungen der Aktiengesellschaften, sowie die zu solchen Urkunden ausgefertigten Talons“, schließt sie aber § 18 aus „für Zinsscheine und Gewinnantheilsscheine.“ — Schweizer Obl. R. art. 857, 858. — Ueber das französische Ges. v. 15. Juni 1872 F. Mittermaier in Goldschm. Zeitschr. XIX. S. 153 ff. — Nach dem Reichsbankgesetz v. 14. März 1875 § 4 (S. 178) sind die Reichsbanken nicht verpflichtet, „für vernichtete oder verlorene Noten Ersatz zu leisten“.

es zu vertheidigen. Wegen dieser bedenklichen Eventualitäten darf daher das Amortisationsverfahren nur da eingeleitet werden, wo es durch Gesetze anerkannt oder nach einem festen Gewohnheitsrecht zugelassen ist[21]).

9. Ein Inhaberpapier kann zeitweise seiner leichten Cirkulationsfähigkeit beraubt und in ein Rektapapier dadurch verwandelt werden, daß es der Inhaber außer Kurs setzt[22]). Es geschieht das, indem der Inhaber oder eine Behörde im Interesse eines benannten Inhabers auf dem Papier (regelmäßig auf der Rückseite) erklärt es solle das Papier außer Kurs gesetzt sein, so daß jetzt nur die benannte Person und diejenigen, welche sich als ihre Rechtsnachfolger (Erbe, Cessionar, Indossatar) ausweisen, nicht aber alle Inhaber Gläubiger sind und Zahlung fordern dürfen. Zugleich hat dies die Wirkung, daß der Berechtigte das Papier ohne Rücksicht auf die im übrigen geltenden Beschränkungen (Hand. Ges. Buch art. 307 vgl. mit art. 306) zu vindiciren befugt ist.

Die Natur von Inhaberpapieren erhalten solche Papiere wieder durch die Inkurssetzung. Doch reicht zu derselben nicht die Erklärung derjenigen Privatperson hin, welche sie außer Kurs setzte, sondern es bedarf nach den partikularrechtlichen Vorschriften einer obrigkeitlichen, meist einer richterlichen Erklärung auf dem Papier,

---

[21]) Jedenfalls bedarf es dieses Verfahrens für den ehemaligen Besitzer, um nachdem er das Papier verloren hat, zur Befriedigung zu gelangen; denn es ist die Ansicht von Unger Natur der Inhaberpapiere S. 123 nicht begründet, daß das Papier „wenngleich die Bedingung für das Entstehen, doch nicht die Bedingung für das Bestehen der Obligation“ sei und daß die einmal entstandene Obligation von den Schicksalen der Schrift, aus der sie entstanden, unabhängig sei.

[22]) Es gilt das nur für solche Papiere, welche zu dauernder Cirkulation bestimmt sind, nicht für die kurzlebigen, wie Coupons, Dividendenscheine, auch nicht für Banknoten.

Ueber die Außerkurssetzung vgl. Kuntze S. 564—580, Wolff S. 84 ff. — Beseler § 87 N. 28 meint, daß es dazu einer besonderen partikularrechtlichen Anerkennung bedürfe. Da die Außerkurssetzung Niemandes Interesse gefährdet, ist es nicht einzusehen, warum sie nicht allgemein zugelassen werden soll. — In wie weit die Bemerkung des Inhabers genügt oder die einer Behörde zur Außerkurssetzung erforderlich ist, richtet sich nach den partikularrechtlichen oder den staatlich für die einzelnen Papiere getroffenen Bestimmungen.

welche erfolgt, nachdem festgestellt ist, daß derjenige, welcher die Inkurssetzung beantragt, ein Recht dazu hat. War das Papier von einer Behörde außer Kurs gesetzt, so ist dieselbe regelmäßig auch ohne richterliche Konkurrenz zur Inkurssetzung befugt[23]).

10. Der Aussteller des Papiers hat versprochen dem Inhaber die im Papier angegebene Leistung zu thun; er will dem Inhaber nicht dem Rechtsnachfolger des ersten oder der folgenden Nehmer leisten. Daher darf er dem Inhaber keine Einreden aus seinem Verhältniß zu früheren Inhabern entgegenstellen[24]). Hatte z. B. der Aussteller einem früheren Inhaber geleistet, sich aber nicht die Urkunde zurückgeben oder auf ihr quittiren lassen, so muß er einem späteren Präsentanten noch einmal leisten[25]); denn ein bezahltes Inhaberpapier steht nicht einem unechten oder einem äußerlich cassirten[26]) gleich.

Abgesehen von den Einreden, welche auf den Inhalt der Urkunde selbst gestützt werden können, hat der Schuldner nur solche, welche ihm mit Bezug auf den das Papier präsentirenden Inhaber zustehen[27]), oder welche gegen die rechtsgiltige Entstehung des Papiers gerichtet sind. In letzterer Beziehung kann er sich darauf berufen,

---

[23]) Bestimmungen über die In- und die Außerkurssetzung bei Kuntze S. 571 ff., 577 ff. — Eine Bremer VO. von 1864 bei Goldschmidt Ztschr. VII. S. 583 f. — Die zahlreichen früher ergangenen Preußischen Bestimmungen (vgl. auch Kuntze S. 571) sind für die neu erworbenen Preuß. Provinzen in der VO. v. 16. Aug. 1867 (bei Goldschmidt XI. S. 519 ff.) zusammengestellt.

[24]) Daher kann auch keine Rede von der exceptio legis Anastasianae sein, vgl. Thöl § 229 N. 10, Kuntze S. 632 ff.

[25]) Anders entschieden die Magdeb. Schöffen bei Wasserschleben I. S. 402 f.

[26]) Ueber ein äußerlich cassirtes Papier vgl. Höpken S. 193 f.

[27]) Sächs. GB. § 1046: „Einwendungen, welche der Verpflichtete aus dem zwischen ihm und dem Inhaber der Urkunde bestehenden Verhältnisse hat, können der Forderung aus dem Inhaberpapiere entgegengesetzt werden, nicht aber Einwendungen, welche der Verpflichtete gegen einen früheren oder den ersten Inhaber der Urkunde gehabt haben würde." — Dresden. Entw. art. 18: „Einwendungen welche gegen die Giltigkeit der Urkunde gerichtet sind, oder aus der letzteren hervorgehen, oder welche ihm gegen den jeweiligen Inhaber zustehen." — Enger Schweiz. Obl. R. art. 847: „Einreden, welche gegen die Giltigkeit der Urkunde gerichtet sind oder aus der Urkunde selbst hervorgehen."

daß das Papier gegen seinen Willen in Kurs gekommen sei[28]). Aus der ersten Bestimmung rechtfertigt es sich, daß er gegen den ersten Nehmer alle diejenigen Einreden hat, welche sich auf das der Emission zu Grunde liegende Geschäft beziehen[29]); ist z. B. der erste Nehmer mit seiner Gegenleistung noch im Rückstande, so hat der Schuldner die exceptio non numeratae pecuniae[30]); dem späteren Inhaber gegenüber hat er sie nicht mehr. Dagegen kann er gegen den Inhaber Forderungen, welche ihm gegen denselben zustehen, compensando geltend machen[31]) und die exceptio doli vorschützen, wenn er von der Person, welche Zahlung erhalten, aber das Papier nicht zurückgegeben hat, noch einmal auf Zahlung in Anspruch genommen wird[32]).

§ 181. Die Uebernahme fremder Schulden[1]).

Schon in alter Zeit kommen nicht selten Verträge vor, durch welche Jemand sich gegen einen Andern verpflichtet, dessen Schulden

---

[28]) Dies ist freilich nicht allgemein anerkannt; vgl. oben § 171 N. 21. Nach dem Wortlaut des Dresdener Entwurfs und Schweiz. Obl. Rechts (N. 27) ist die obige Annahme gerechtfertigt.

[29]) Kuntze S. 556 ff.

[30]) Bedenklich ist die Annahme des ROH.Ger. (Entsch. XVII. S. 155 f.), daß es auf die Wahrheit der im Papier angegebenen causa debendi überall nicht ankomme, daß das vom Aussteller eingegangene Schuldverhältniß abstrakt sei und lediglich auf seinem Verpflichtungswillen beruhe; vgl. dagegen Thöl § 225 N. 5, 6.

[31]) Kuntze S. 629 ff., v. Gerber § 61 N. 2, Gengler S. 454 N. 6, Dernburg II. § 90 N. 3. Vielfach wird dies bestritten z. B. von Thöl § 229 N. 11, Bekker S. 399 f., Beseler § 97 N. 26, Endemann N. 15, Bluntschli § 117b a. E.; vgl. auch Zürich. GB. § 1105. Gegen den Gegengrund Thöl's, daß der Inhaber „Schuldner des Schuldners nicht in seiner Eigenschaft als Inhaber des Papiers, sondern als ein bestimmtes Individuum sei", ist zu entgegnen, daß wer den Inhalt des Papiers geltend macht, es doch als Individuum thut.

[32]) Ueber die Frage, ob nicht noch weitere Einreden zulässig seien, vgl. oben N. 6 und 7.

[1]) Berth. Delbrück die Uebernahme fremder Schulden nach gem. und Preuß. Rechte. Berl. 1853; derselbe in d. Ztschr. f. D. Recht XV. S. 125—150 (die Uebernahme fremder Schulden nach Lübischem und Hamburger Recht). —

zu übernehmen und seine Gläubiger zu befriedigen. Theils bezieht sich der Vertrag lediglich auf diese Schuldübernahme, z. B. um eine Forderung zu tilgen, welche der Schuldner gegen den Uebernehmer hat[2]), theils bildet er einen Bestandtheil eines komplicirteren Rechtsverhältnisses, so wenn Jemand einem Andern sein ganzes Vermögen gegen eine lebenslängliche Versorgung (Vitalitienvertrag) und die Uebernahme seiner sämmtlichen Schulden abtritt[3]), oder wenn ein Bauer, dessen Vermögen ja wesentlich in seinem Bauergut besteht, dasselbe seinem nächsten Erben überläßt und dieser die Schulden des Bauern zu bezahlen verspricht[4]). In der Gegenwart kommen Uebernahmeverträge in der mannigfaltigsten Anwendung vor, so wenn der Erwerber eines Grundstücks die persönliche Verpflichtung für die eingetragenen Hypothekenschulden, ein Miterbe die sämmtlichen Nachlaßschulden, ein Sozius bei Auflösung der Gesellschaft sämmtliche Passiva derselben, der Erwerber eines Handelsgeschäfts die Geschäftsschulden übernimmt u. s. w. Die neueren Gesetzbücher haben wenige allgemeine Grundsätze über die Uebernahme fremder

---

Bähr in v. Ihering's Jahrbb. VI. S. 170—182. — Gürgens die Singularsuccession in die Schuld, in v. Ihering's Jahrbb. VIII. S. 221—308 (hier auch manches dogmengeschichtliche Material). — Windscheid § 338—340 (§ 338 N * enthält weitere Literaturangaben). — Förster I. § 102, Dernburg II. § 65. — Vgl. auch Bl. f. Rechtspflege in Thüring. u. Anh. XXIV. 1877 S. 1—31 (Entsch. der Jur. Fakultt. zu Tübingen und Breslau und des O. A. Ger. zu Jena).

Ueber den nach objektivem Recht erfolgenden Uebergang einer Schuldverbindlichkeit vgl. oben § 175. I.

[2]) Z. B. Lacomblet II. no. 621 a. 1271: der Erzbischof von Köln verspricht dem Burggrafen G. eine Schuld von 1600 Mark dadurch zu tilgen, daß er eine Reihe von aufgeführten Schulden des G. an dessen Gläubiger bezahlt, z. B. acquitare ad presens promittimus eisdem in Nussio apud suos creditores 750 marcas, ita quod ipsum G . . . . suosque fidejussores quitos clamabunt. Vgl. auch II. no. 732 a. 1279.

[3]) Z. B. Lüb. Urk. v. J. 1357 bei Pauli Abhh. aus dem Lüb. Recht II. S. 203, vgl. auch Rive Vormundschaft I. S. 167. — Meistens wird in den Vitalitienverträgen die Verpflichtung die Schulden zu bezahlen als selbstverständlich nicht noch besonders hervorgehoben.

[4]) Mehrere bäuerliche Quellen sagen, daß der Uebernehmer des Guts die Schulden bezahlen müsse, z. B. Grimm Weisth. III. S. 138 § 23, S. 154 § 70, Runde Leibzucht S. 37 § 26.

Schulden aufgestellt[5]), dagegen für einzelne wichtige Fälle gelegentlich Bestimmungen getroffen. Die Praxis hat sich ziemlich gleichmäßig entwickelt, doch sucht die neuere Theorie über ihre Grundsätze hinauszugehen. Im wesentlichen sind die für Verträge zu Gunsten Dritter ausgeführten Prinzipien zur Anwendung zu bringen; denn indem der Uebernehmer sich gegenüber dem Schuldner zur Leistung an den Gläubiger verpflichtet, ist dies im Sinne des letzteren, welcher zu seinem ursprünglichen noch einen andern Schuldner hinzu erhalten soll, ein Vertrag zu seinen Gunsten[6]).

1. Der Vertrag, durch welchen sich der Uebernehmer gegen eine Person, welche Schuldner eines Dritten ist, verpflichtet dieselbe dem Gläubiger gegenüber zu vertreten, kann an sich formlos eingegangen werden[7]). Der Umfang der Verpflichtung des Uebernehmers hängt von dem Inhalt des Vertrages ab; im allgemeinen ist anzunehmen, daß er an Stelle des Schuldners treten und dessen Verbindlichkeiten übernehmen und erfüllen soll. Weder ist, wo die Bezahlung einer Geldschuld den Inhalt des Vertrages bildet, die Absicht immer darauf gerichtet, daß nun sofort ihre Tilgung erfolgen soll[8]), noch ist dafür zu präsumiren, daß der Uebernehmer sich zu bewirken verpflichtet hat, daß der Gläubiger den Schuldner der Verbindlichkeit entlasse und statt seiner den Uebernehmer annehme; denn dies steht regelmäßig nicht in seiner Macht[9]). Wenn daher

---

[5]) Preuß. Ldr. I. 14. § 399—406, Sächs. GB. § 1402—1408, Dresden. Entw. art. 206—208, Baier. Entw. 159—163.

[6]) Bähr S. 170. — Daß die römischen Vertragsarten, Delegation, Expromission, Intercession u. s. w. keine vollkommen zutreffende Analogie darbieten, Delbrück S. 22 ff., Gürgens S. 243 ff.

[7]) Preuß. Ldr. I. 14. § 400 fordert schriftlichen Vertrag.

[8]) Z. B. wenn ein Hauskäufer die Hypothekenschulden persönlich übernimmt, kann es sowohl im Interesse des Gläubigers als des Uebernehmers liegen, daß die Schuld stehen bleibt und längere Zeit hindurch nicht bezahlt wird. Der ursprüngliche Schuldner will nur wegen der Schuld nicht in Anspruch genommen, wo möglich exnexuirt werden.

[9]) Seuffert XX. no. 27. I., XXIII. no. 120. — Delbrück S. 49 lehrt allgemein, es habe der Uebernehmer dafür einzustehen, daß der Gläubiger sein Recht nicht gegen den Schuldner ausübe, und er sei regreßpflichtig, wenn es doch geschehe; aber er sei nicht verpflichtet den Schuldner zu befreien und dieser habe keine Klage darauf hin, daß der Uebernehmer die Schuld bezahle; S. 51 —54 stellt er die verschiedenen Ansichten der Praxis zusammen. — Gegen

der Gläubiger den Uebernahmevertrag nicht berücksichtigt, sondern seinen alten Schuldner belangt, kann dieser vom Uebernehmer, falls ihn keine Schuld dabei trifft, nur Ersatz dessen fordern, was er gegen die Intentionen des Uebernahmevertrages hat leisten müssen, aber nicht einen weitern Schaden liquidiren[10]).

Der Vertrag zwischen dem Schuldner und Uebernehmer berührt nicht das Recht des Dritten; er bleibt Gläubiger des Schuldners. Man darf daher nicht — in einem Parallelismus mit der Cession — durch die Schuldübernahme an sich eine Singularsuccession in die Schuld als erfolgt annehmen. Ohne Zutritt des Gläubigers zu dem Uebernahmevertrag geht die Schuld nicht aus dem Passivvermögen des Schuldners in das des Uebernehmers über[11]).

Dem Uebernahmevertrag können die verschiedensten causae zu Grunde liegen; der Uebernehmer kann dem Schuldner schenken, eine Forderung, die der Schuldner an ihn hat, tilgen wollen u. s. w. Aber gleichviel, welche causa die Contrahenten leitete, durch die Uebernahme als solche ist der Schuldner von seiner Verbindlichkeit

---

Delbrück Bähr S. 173 f. — Unger in Ihering's Jahrbb. VIII. S. 87—91 unterscheidet zwischen Zahlungsübernahme und Schuldübernahme und erkennt an, daß die verschiedensten Modalitäten möglich seien; ihm folgt Regelsberger in Goldschmidt's Ztschr. XIV. S. 27 ff. — Förster § 102 sagt: „die Uebernahme ist die Verpflichtung zur Befreiung und der Schuldner muß das Recht haben, auf diese Befreiung zu dringen." Das geht zu weit; kann denn z. B. der frühere Inhaber einer Firma, welcher das Geschäft verkauft, vom Uebernehmer der Firma und der Passiva verlangen, daß dieser ihn von seinen Gläubigern befreit?

[10]) Bähr S. 174. — Sächs. GB. § 1402: „Wer sich einem Schuldner zur Uebernahme einer Schuld desselben verpflichtet, haftet dafür, daß der Schuldner von dem Gläubiger nicht in Anspruch genommen wird, und ist, wenn dies dennoch geschieht, zur Befreiung des Schuldners oder zum Schadensersatz verbunden"; vgl. auch Gürgens S. 295. — M. E. darf der Ersatz sich nur auf dasjenige erstrecken, was der Schuldner hat zahlen müssen.

[11]) Anderer Ansicht Delbrück S. 18 f.: „Uebernahme einer Schuld ist der Akt, durch welchen eine Schuld aus dem Passivvermögen des Schuldners ausgeschieden und in das Passivvermögen des Uebernehmers übertragen wird; er erfordert Seitens des Uebernehmers die Erklärung, daß er die Schuld übernehme und Seitens des Schuldners die Annahme dieser Erklärung." Vgl. dagegen Bähr S. 171 und Bruns in d. Encykl. S. 399.

nicht frei geworden; die Uebernahme ist keine Zahlung, sondern nur ein Mittel, um die Zahlung und Befreiung des Schuldners herbeizuführen[12]).

Von ihrem Vertrage können die Contrahenten so lange zurücktreten, als der Gläubiger noch kein Recht gegenüber dem Uebernehmer erworben hat.

2. Ein Recht gegen den Uebernehmer erlangt der Gläubiger nicht aus dem Uebernahmevertrage[13]), sondern erst dadurch, daß ihm vom Schuldner oder Uebernehmer der Uebernahmevertrag bekannt gemacht wird[14]) oder der Uebernehmer sich ihm gegenüber als Schuldner gerirt[15]). Die Benachrichtigung an den Gläubiger kann theils in der Weise erfolgen, daß ihm die Mittheilung direkt ge-

---

[12]) Anderer Ansicht Delbrück S. 45 ff. und für das Preußische Recht Förster I. § 102 N. 39 ff.; vgl. dagegen Bähr S. 172 f.

[13]) Anders Delbrück S. 70 ff.: „der Gläubiger ist befugt, bloß auf Grund der Uebernahme unmittelbar gegen den Uebernehmer zu klagen"; vgl. auch Kuntze Obligation und Singularsuccession S. 324 f., 333 f., Seuffert XXI. no. 41 (München), Emminghaus S. 541 no. 9 (Jena, für den Fall der Uebernahme der Schulden durch einen Miterben). Diese Auffassung hat auch Ausdruck erhalten in dem Dresden. Entwurf art. 203, 206, 207: (der Gläubiger kann Zahlung fordern, „wenn nicht aus dem Vertrage oder aus den Umständen erhellt, daß er nicht befugt sein solle, das Recht aus dem Vertrage für sich geltend zu machen") und in einzelnen Hypothekengesetzen, welche dem Hypothekengläubiger das Recht gegen den Uebernehmer sofort geben (vgl. oben II. § 113 N. 6).

Gegen die unmittelbare Wirkung zu Gunsten des Gläubigers erklären sich Unger in Ihering's Jahrbb. X. S. 88 N. 120, S. 89, Seuffert XXXII. no. 219 (Lübeck), 260 (Celle). — Seuffert XVIII. no. 128, XIX. no. 135, XXI. no. 40 (Celle): wenn der Käufer eines Grundstücks die Hypotheken gegenüber dem Verkäufer übernommen hat, kann der Gläubiger ihn doch nicht belangen. — Emminghaus S. 541 no. 8, Seuffert VII. no. 22 (Jena, im Widerspruch mit der eben citirten Entscheidung): der die Erbschaftsschulden übernehmende Erbe haftet nicht ohne weiteres. — Goldschmidt Ztschr. I. S. 162 f. (Celle): die Uebernahme der Passiva ohne Publikation an die Gläubiger giebt denselben kein Recht.

[14]) Z. B. Seuffert XXI. no. 39 (Nürnberg).

[15]) Ueber die Frage, ob in der Verzinsung einer Hypothekenschuld durch den Erwerber des Grundstücks eine ausreichende Erklärung desselben liege, daß er den Hypothekengläubigern verhaftet sein wolle, Preuß. Dekl. v. 21. März 1835 (oben II. § 113 N. 8), Exner Oestr. Hyp. R. I. S. 229 N. 8.

macht wird, theils so, daß, besonders wo es sich um eine größere Zahl von Schuldverhältnissen handelt, eine öffentliche Erklärung abgegeben wird[16].

Es fragt sich nun aber, ob der Gläubiger dies Recht eo ipso durch die Benachrichtigung erhält und in der Folge die Contrahenten den Uebernahmevertrag und ihre Erklärung nicht mehr rückgängig machen dürfen, oder ob diese Wirkungen davon abhängig sind, daß der Gläubiger die in der Mittheilung enthaltene Offerte annimmt, dem Vertrage beitritt, sei es ausdrücklich, oder, wie vielfach gelehrt wird, stillschweigend dadurch, daß er den Uebernehmer mit seiner Klage belangt. Gesetzgebung, Praxis und Wissenschaft nehmen vielfach diesen letzteren Standpunkt ein[17]. Indessen ist ein solches Er-

---

[16]) Bei Uebernahme eines Handelsgeschäfts mit den Passivis ist keine Erklärung an alle einzelnen Gläubiger erforderlich, um sie zu berechtigen, sondern es reicht die öffentliche Bekanntmachung der Uebernahme der Schulden hin (nach Entsch. des ROH.Ger. XVI. S. 272 genügt nicht die Bekanntmachung der Uebernahme des Geschäfts): Goldschmidt Ztschr. VI. S. 588 f. mit der Note, Seuffert XI. no. 83, XXXII. no. 219 (Lübeck), Goldschmidt Ztschr. XI. S. 548 f. (Nürnberg), Entsch. d. ROH.Ger. I. S. 67—69, II. S. 144, III. S. 182, 364 f., IV. S. 5 f., VIII. S. 41, 383, XI. S. 153 f., XII. S. 159 ff., XV. S. 75. — Regelsberger in Goldschmidt's Ztschr. XIV. S. 30 f. — „Eine Mittheilung an einige wenige Geschäftsfreunde würde zweifellos nicht die Bedeutung einer öffentlichen Bekanntmachung haben können, so daß andere Gläubiger, welche eine solche Meldung nicht erhalten, keine Rechte daraus herleiten könnten", Entsch. d. ROH.Ger. IV. S. 6. Dagegen kommt es bei einer öffentlichen Bekanntmachung nicht darauf an, daß ein Cirkular auch dem Kläger selbst zugekommen ist, I. S. 69. — Die Anzeige bei der Firmenbehörde, daß eine Handlung mit Aktivis und Passivis an einen Andern übertragen sei, kann nicht als öffentliche Bekanntmachung angesehen werden, XI. S. 153. — Zu weit geht m. E. die Entsch. XXI. S. 233 f.: sie will mit Hilfe der bestrittenen Theorie von den Verträgen zu Gunsten Dritter (vgl. oben § 172 N. 25) dem Gläubiger auch dann ein Klagrecht geben, wenn zwischen dem Veräußerer des Geschäfts und dem Uebernehmer der Vertrag in der Absicht geschlossen sei, daß er auch den Gläubigern gegenüber wirksam sein solle. Wenn dann der Gläubiger seinen Beitritt durch Klaganstellung erkläre (vgl. darüber oben § 172 N. 35, 38, 42, 45), so könne der Uebernahmevertrag nicht mehr widerrufen werden.

[17]) Sächs. GB. § 1405: Die Gläubiger erlangen gegen den Uebernehmer das Recht „von der Zeit an, wo sie dem Vertrage beitreten oder die zu ihren Gunsten gereichende Leistung annehmen"; ebenso mit besonderer Beziehung auf

forderniß nicht allgemein aufzustellen. Denn die Notifikation an den Gläubiger wird im gegenwärtigen Verkehr zweifellos sehr oft in dem Sinne abgegeben, daß sofort für den Gläubiger ein Recht und für den Uebernehmer eine Verbindlichkeit entstehen soll und daß gar keine Rückantwort oder Erklärung über seine Annahme erwartet wird. Wer es nun zugiebt, daß eine Verpflichtung auch durch einseitige Erklärung des Schuldnerwillens entstehen kann (vgl. oben § 171), darf sich auch nicht dagegen sträuben, daß die bloße Notifikation des Uebernahmevertrages dem Gläubiger sofort ein Recht gegen den Uebernehmer gewährt. Nur da wird dies nicht eintreten, wo nach den Umständen angenommen werden muß oder ausdrücklich bei der Notifikation erklärt ist, daß das Recht des Gläubigers von seiner Acceptation abhängig sein soll. Demzufolge können die Contrahenten, nachdem sie dem Gläubiger einmal den Uebernahmevertrag in bindender Weise bekannt gemacht haben, ihn auch vor der Klage des Gläubigers nicht mehr widerrufen[18]).

2. Der Gläubiger, welcher den Uebernehmer als Schuldner annimmt, verliert dadurch nicht seinen Anspruch gegen seinen ursprünglichen Schuldner, sondern kann sich an diesen oder an den Uebernehmer halten. „Die Schuldübernahme als solche schafft nicht einen Schuldgrund, sondern nur einen neuen zweiten Schuldner; sie alterirt die bisherige Schuld an sich nicht und bewirkt lediglich eine Veränderung hinsichtlich der Subjekte auf der Schuldnerseite,

---

die Uebernahme der persönlichen Schuld bei Anrechnung der Hypothekenschulden auf die Kaufgeldforderung, § 432. — Vgl. auch Schweiz. Obl. R. art. 128.

Seuffert VII. 21: Unwiderruflichkeit, wenn der Gläubiger stillschweigend oder ausdrücklich erklärt hat, den neuen Schuldner annehmen zu wollen; es sei also auch das Cirkular, worin Jemand erklärt eine Handlung mit Aktivis und Passivis zu übernehmen, so lange widerruflich als der Adressat dem nicht beigestimmt habe. — Eine Acceptation sei insbesondere in der Klaganstellung enthalten, Seuffert XXI. 39, 41, XXVII. 17, Bl. f. Rechtspfl. in Thüring. XXII. S. 168 f.

Ebenso fordern unter den Schriftstellern die Acceptation z. B. Bähr S. 179 f., Windscheid § 338.

Andere verlangen, daß der Schuldner dem Gläubiger sein Recht gegen den Uebernehmer cedirt, oder der Uebernehmer ihm ein Zahlungsversprechen geleistet haben müsse, Unger in Ihering's Jahrb. X. S. 88 f.; gegen diese Ansicht Delbrück S. 77 ff.

[18]) Entsch. des ROH.Ger. VIII. S. 383.

sie verschafft mit einem Worte dem Gläubiger zu dem bisherigen Schuldner noch einen andern Schuldner unter Erhaltung der Identität der Obligation[19]." Insbesondere wird der ursprüngliche Schuldner nicht dadurch befreit, daß der Gläubiger von dem Uebernehmer Zinsen für die Schuld annimmt[20]) oder gegen ihn die Schuld einklagt[21]) oder die Erklärung des Uebernehmers die Schuld übernommen zu haben einfach acceptirt[22]) oder, falls es sich um ein kaufmännisches Geschäft handelt, mit dem Uebernehmer in Geschäftsbeziehungen tritt[23]) u. s. w. Er bleibt so lange weiter verhaftet, bis ihn der Gläubiger ausdrücklich oder stillschweigend seiner Verbindlichkeit entläßt[24]).

---

[19]) Entsch. d. ROH.Ger. VIII. S. 118. — Emminghaus S. 541 N. 6, Sächs. GB. § 1403, Braunschw. G. v. 28. März 1874 (in Betreff der Uebernahme eines Bauerguts), Hamburg. G. v. 4. Dez. 1864 § 34 (anders nach älterm Hamb. R., Delbrück in d. Ztschr. f. d. R. XV. S. 142 f.). — Seuffert XXI. no. 39 S. 69. — Unbefriedigend ist die Construktion bei Delbrück Uebernahme S. 116.

[20]) Delbrück Uebernahme S. 57 f., in der Ztschr. S. 142 f., Bähr S. 180 N. 47, Gürgens S. 277, Goldschmidt Ztschr. VII. S. 495; vgl. auch oben II. § 113 N. 12, und unten N. 24.

[21]) Emminghaus S. 541 no. 6, Delbrück Uebernahme S. 58, in der Ztschr. S. 142, Bähr S. 181; anderer Ansicht Gürgens S. 276 und der Baier. Entwurf in N. 24.

[22]) Delbrück S. 57, 59.

[23]) Frankfurter Parere in Goldschmidt's Ztschr. IV. S. 138 f.

[24]) Bähr S. 171 f., Entsch. des ROH.Ger. VIII. S. 384. — Preuß. Landr. I. 14. § 399, 400; nach dem Plen. Beschl. v. 4. Juli 1859 ist die ausdrückliche und wo der Gegenstand es erfordert, schriftlich erklärte Einwilligung des Gläubigers in die Entlassung des ersten Schuldners nothwendig. — Andere Rechte lassen auch eine stillschweigende Entlassung zu, Delbrück in d. Ztschr. XV. S. 142 f., vgl. auch oben II. § 113 N. 13, 14. — Der Baier. Entwurf art. 160, 161 sieht dafür auch an: „die Annahme der Zahlungen des Schuldübernehmers an Zinsen oder Kapital, insoferne sich der Gläubiger sein Forderungsrecht gegen den bisherigen Schuldner nicht ausdrücklich vorbehält, desgleichen die Bewilligung von Zahlungsfristen oder Nachlässen an den Schuldübernehmer, ebenso die Erhebung einer persönlichen Klage gegen denselben."

Für den Fall, daß noch nicht voll eingezahlte Aktien übertragen werden, in welchem Fall der Erwerber für die weiteren Einzahlungen haftet, enthält das HGBuch positive Bestimmungen über die Befreiung des früheren Besitzers. Art. 222: für Inhaberaktien kann der Gesellschaftsvertrag bestimmen, daß der Zeichner, wenn er sein Anrecht nach der Einzahlung von 40 (resp. 25) Procent

4. Der Uebernehmer hat versprochen die Schuld des Schuldners an den Gläubiger zu zahlen; diese Verbindlichkeit ist durchaus zu unterscheiden von dem etwaigen Schuldverhältniß, welches zwischen dem Schuldner und dem Uebernehmer besteht und vielleicht die Veranlassung war, um zum Zweck seiner Tilgung den Uebernahmevertrag abzuschließen. Es kann daher der Uebernehmer dem klagenden Gläubiger keine Einreden aus dem zwischen ihm (dem Uebernehmer) und dem Schuldner bestehenden Rechtsverhältniß entgegensetzen; denn die dem Uebernahmevertrag zu Grunde liegende causa ist bedeutungslos für das Verhältniß des Uebernehmers zum Gläubiger[25]). Vielmehr hat er abgesehen von den Einreden, welche ihm unmittelbar gegen den Gläubiger zustehen, nur solche Einreden, welche der Schuldner, wenn er beklagt worden wäre, hätte vorbringen können. Denn er übernahm die Schuld, so wie sie in der Person des Schuldners bestand, mit allen den Mängeln, welche ihr anklebten[26]).

überträgt, von der weiteren Verpflichtung frei wird. Art. 223: bei Aktien auf Namen kann eine Befreiung eintreten, wenn die Gesellschaft den neuen Erwerber an Stelle des Zeichners annimmt und letztern der Verbindlichkeit entläßt; aber ein Jahr hindurch haftet der alte Schuldner noch in subsidium. Art. 184: bei Commanditaktien bleibt der ursprüngliche Zeichner zur Einzahlung des Rückstandes verpflichtet und kann dieser Verbindlichkeit nicht von der Gesellschaft entlassen werden. — Diese Bestimmungen sind durch das Aktiengesetz von 1884 unpraktisch geworden.

Die Behauptung von Endemann § 17 N. 28, daß der Gläubiger, welcher gegen die ihm bekannt gemachte Uebernahme keinen Widerspruch erhebt, darein willige, sich nur an den neuen Geschäftsinhaber zu halten, wird durch die angeführten Erkenntnisse nicht unterstützt.

[25]) Gürgens S. 280 ff. Er kann also nicht kompensiren mit den ihm gegen den Schuldner zustehenden Forderungen, Preuß. Ldr. I. 16. § 370, Seuffert XXI. no. 39 S. 70, no. 41, Delbrück S. 108 ff., Gürgens S. 299 ff. — Anderer Ansicht Bähr, welcher davon ausgeht, daß der Gläubiger das dem Schuldner gegen den Uebernehmer zustehende Recht als in rem suam procurator des Schuldners geltend mache; er giebt dem Uebernehmer nur diejenigen Einreden, welche ihm aus seinem Rechtsverhältniß zum Schuldner zustehen, S. 176, vgl. auch S. 174 N. 37 und S. 180; ähnlich Dernburg II. § 65 N. 6.

[26]) Sächs. GB. § 1405, Baier. Entw. art. 162. — Eine Compensationseinrede aus den Rechtsverhältnissen des Schuldners heraus darf man ihm meines Erachtens nicht geben; denn er hat nur ein bestimmtes Schuldverhältniß über-

Andererseits stehen auch dem Gläubiger die Sicherungsrechte gegen den Uebernehmer zu, welche er dem Schuldner gegenüber hatte; er verliert durch die Uebernahme nicht das Pfandrecht oder die Bürgschaft, durch welche ihm seine Forderung gesichert ist[27]).

5. Einer besondern Erwähnung bedürfen die im Leben nicht sehr häufigen Fälle der Veräußerung eines ganzen Vermögens unter Lebenden, so daß Aktiva und Passiva auf den Erwerber übergehen sollen, sei es daß das Vermögen, besonders eine Erbschaft verkauft oder geschenkt wird, oder daß eine Person ihr Vermögen einer andern gegen die Unterhaltungspflicht abtritt (Vitalicien- oder Alimentationsvertrag)[28]). Während der Gläubiger nach Römischem Recht gegen den Erwerber keine Klage wegen der das Vermögen belastenden Schulden hat[29]), bildete sich die Praxis aus, daß er ihn auch ohne besondere Ankündigung von Seiten des Schuldners oder Erwerbers belangen darf[30]). Der alte Schuldner bleibt noch weiter Schuldner und der Gläubiger hat die Wahl, ob er sich an ihn oder den Uebernehmer halten will. Obgleich an sich der Erwerber des Vermögens nicht bloß mit diesem, sondern auch mit seinem eigenen Vermögen haften müßte, da es für den Gläubiger ohne Bedeutung

---

nommen und ist nicht in sämmtliche Rechtsverhältnisse des Schuldners eingetreten. Compensiren könnte er nur, wenn ihm der Schuldner seine Gegenforderung gegen den Gläubiger cedirt hätte.

Darf der Uebernehmer auch Einreden entgegenstellen, welche dem Schuldner nach der Uebernahme erwachsen sind? Delbrück S. 109, Gürgens S. 278, 302 f. leugnen es. Ich möchte es bejahen, so lange der Schuldner nicht exnexuirt ist; denn so lange ist er solidarischer Schuldner. Bei der entgegengesetzten Ansicht würde der Uebernehmer dem Gläubiger nicht entgegenhalten können, daß ihn der Schuldner nach der Uebernahme befriedigt habe; das muß auch Gürgens S. 303 zugeben.

[27]) Windscheid § 339 N. 2, 3 sagt, daß in dubio die Bürgschaft und das von einem Dritten bestellte Pfandrecht erlöschen; Gürgens S. 289, daß das Pfandrecht bestehen bleibt, aber die Bürgschaft erlischt. — Vgl. auch Baier. Entw. art. 163. — Allgemeine Regeln sind bedenklich. Es ist anzunehmen, daß die Nebenrechte bestehen bleiben, wenn der Schuldner nicht in Folge der Uebernahme befreit worden ist.

[28]) v. Wächter II. S. 617 ff., Delbrück S. 36 ff., 81 ff.

[29]) Windscheid § 368 N. 4 ff.

[30]) Delbrück S. 81 ff.

ist, daß die Schuld Bestandtheil eines überschuldeten Vermögensganzen ist[31]), so wird doch nach verbreiteter Praxis und nach Partikularrechten nur eine beschränkte Verhaftung, nicht über die Kräfte des übertragenen Vermögens hinaus angenommen[32]). — Die bereits auf Grund des Erwerbes des Vermögens eintretende Berechtigung des Gläubigers gegen den Uebernehmer ist partikularrechtlich anerkannt:

a) für den Kauf einer Erbschaft[33]),

b) für den Vitalicienvertrag[34]),

c) für die Schenkung eines ganzen Vermögens[35]),

d) für den Gutsübernahmevertrag, bei welchem der alte Bauer auf die Leibzucht zieht und der junge das Gut übernimmt. Hat in Verbindung mit ihm ein Schuldübernahmevertrag stattgefunden, so nimmt die Praxis ohne weiteres eine Klage der Gläubiger gegen den Gutsübernehmer an[36]); und es erscheint dies auch als angemessen, da mit der Gutsübernahme theilweise die Wirkungen der Erbfolge antecipirt werden. Doch kann auch der alte Bauer in An-

---

[31]) Delbrück S. 110 f.

[32]) Gürgens S. 257 f., 263; für Würt. Recht Wächter II. S. 618 f.

[33]) C. Max. Bavar. IV. 4. § 7. no. 9, 10, Preuß. Ldr. I. 11. § 454 ff., 462 ff. (um ihr Recht gegen den Verkäufer zu behalten, sollen nach § 465 die Gläubiger demselben gerichtlich ihren Vorbehalt bekannt machen, wenn sie den Käufer belangen), Oestr. GB. § 1278, 1282, Seuffert XXIV. 115. — Nach dem Sächs. GB. § 2380 treten die regelmäßigen Grundsätze von der Uebernahme ein, so daß der Gläubiger gegen den Erwerber nur berechtigt wird, wenn er dem Vertrage beitritt oder die zu seinen Gunsten gereichenden Leistungen annimmt. — Nach gemeinem Recht bedarf es der Offerte an die Gläubiger, Windscheid § 368 N. 4 ff.

Koch zu § 463 des Pr. Ldr. I. 11 behauptet für das Preuß. Recht, daß der Käufer, selbst wenn der Erbe ohne Vorbehalt antrat, nur mit der Erbschaft hafte; dies erscheint für das Preuß. Recht nicht begründet, Förster IV. § 277 V., Delbrück S. 110 f. — Nach Oestr. GB. § 1278 haftet er über die Erbschaft hinaus, wenn kein Inventar errichtet wird.

[34]) Preuß. Ldr. I. 11. § 646 mit Anh. § 19; Präj. v. 26. Apr. 1841 und Förster I. § 102 N. 20 ff.

[35]) Förster I. § 102 N. 23. — Ueber diese Fälle hinaus kennt das Preuß. Recht keine Verpflichtung eo ipso, Entsch. des ROHGer. XI. S. 383.

[36]) Unten V. § 328 N. 18, 19. — Westphälisches Weisthum bei Grimm III. S. 154 § 70: off ein lyfftuchtersche aftoge und oer guedt overgeve und achterstedige schulde weren, we die betalen solde, die up deme

spruch genommen werden; soweit er den Gläubiger hat befriedigen müssen, steht ihm der Regreß gegen den Uebernehmer zu[37]).

§ 182. Die Folgen der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit, insbesondere des Verzuges.

Die Verpflichtung dessen, welcher seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, dem Berechtigten sein Interesse zu ersetzen und im Fall der Mora Verzugszinsen zu leisten, wird im wesentlichen vom Röm. Recht bestimmt. Nur in einzelnen Beziehungen haben sich Einflüsse älterer Rechtsauffassungen[1]) erhalten. Soweit dies der Fall ist, soll die betreffende Lehre hier dargestellt werden.

1. Den ältesten Rechtsquellen mit Ausnahme des Westgothischen Rechts ist die Verpflichtung zur Leistung des Interesse fremd: wer seine Verbindlichkeit nicht ordnungsmäßig erfüllt, insbesondere sich in mora befindet, hat dem Berechtigten eine Geldstrafe zu leisten, ohne Rücksicht darauf ob der Nachtheil, den derselbe erlitten hat, größer oder geringer ist. Der Schuldner bleibt, insofern die Leistung noch möglich ist, weiter verpflichtet; das in der Mora liegende Unrecht wird durch die Bußzahlung gesühnt[2]). Im spätern Mittelalter erhielten sich die Verzugsstrafen nur in einzelnen Anwendungsfällen, besonders der Rutscherzins bei der Nichtleistung von Grundzinsen (vgl. oben II. § 136 N. 39); andererseits ist aber auch im 13. Jahrhundert der Schuldner noch nicht verpflichtet, dem Gläubiger Ersatz für den durch die Mora oder durch die nicht ordnungs-

---

gude bleve, offte die lyfftuchtersche. Darup gewyset vur recht, dat di gene is schuldig to betalene, die dat erve gebruiket, geborlike offte gewonlicke schult. — Runde Ztschr. f. D. R. VII. S. 18 f., Delbrück S. 90 f., Weigel Waldeck S. 61 f., Pfeiffer prakt. Ausf. IV. S. 152, VIII. S. 293, 337 ff., Seuffert XVIII. 128, XXII. 57. — Anders Cropp Abhh. II. S. 278 ff.

[37]) Daß für die von ihm nicht übernommenen Schulden der Gutsübernehmer nicht einzustehen hat, ist selbstverständlich.

[1]) Ueber das ältere Recht Stobbe zur Gesch. des Deutschen Vertragsrechts S. 32, 37 ff., Löning der Vertragsbruch im Deutschen Recht 1876, W. Sickel die Bestrafung des Vertragsbruchs und analoger Rechtsverletzungen in Deutschland 1876.

[2]) Ueber das älteste Recht vgl. besonders Löning S. 14, 19, 33 f., 36 f., 53 ff., 56 ff., 64, 66 ff., 98 ff., 156, 159 f., Sickel S. 7—9.

mäßige Erfüllung erwachsenen Schaden zu leisten[3]): der Gläubiger konnte nur die Leistung selbst, oder wenn sie unmöglich oder vom Schuldner nicht zu erreichen war, ihren Werth fordern, ohne Rücksicht auf sein individuelles Interesse oder die Höhe des ihm erwachsenen Schadens[4]). Hatte er ein Pfand, so durfte er um schnell zur Befriedigung zu gelangen, dasselbe mit seiner Forderung einer andern Person gegen Zahlung der Schuld übertragen (oben II. § 106 N. 33, § 146 N. 28, § 154 N. 28).

Wollte sich der Gläubiger gegen den aus der Mora ihm drohenden Schaden sicher stellen, so konnte er sich bei Abschluß des Vertrages vom Schuldner für den Fall der Mora Verzugszinsen oder Schadensersatz versprechen lassen[5]). Besonders häufig wird verabredet, daß der Gläubiger „das Geld auf Schaden nehmen“ dürfe, d. h. daß er das ihm geschuldete Geld bei einem Juden aufnehmen dürfe und der Schuldner verpflichtet sein solle, dem Juden die vorgestreckte Summe und zugleich Zinsen zu bezahlen[6]). Erst allmählig wird ein gesetzlicher Anspruch auf Schadensersatz wegen Mora anerkannt[7]). In einzelnen Fällen, besonders bei der Miethe eines

---

[3]) Löning S. 250 ff., 254 ff., 302 ff., 383 ff., 396, 398.

[4]) Vgl. z. B. Sachsensp. III. 43. § 2, auch II. 44. § 2.

[5]) Stobbe S. 38 ff., Löning S. 305 ff., 385. Außerdem auch Neumann Magd. Weisth. no. 3 a. 1416, Stralsunder Stadtbuch S. 140 no. 15, Tomaschek Oberhof S. 81 f. § 102 mit Anm., Pauli Abhdl. II. S. 62 a. 1365, Purgoldt VIII. 10 (ist kein Schaden versprochen, so haftet der Schuldner für denselben erst nach der gerichtlichen Klage). — Häufig wird vertragsmäßig bestimmt, daß der Schuldner den Schaden ersetzen soll, welchen der Gläubiger mit einfachen Worten behaupten würde, und daß es keiner regelrechten Beweisführung für seine Höhe bedürfe, Brunner in Goldschmidt's Ztschr. XXIII. S. 242 ff.

[6]) Ueber das „Geld auf Schaden nehmen“ Stobbe S. 40—49, Juden im Mittelalter S. 114 ff., 239, Löning S. 306 ff.

[7]) System. Schöffenrecht III. 2. 90, Magdeb. Fr. II. 2. d. 15, 17, Neumann Weisth. no. 3, Lüb. R. (Hach) II. art. 188, Jacobi Code epistol. no. 57, Grimm Weisth. III. S. 379, Nürnb. Ref. v. 1564 XIII. 2. § 3. u. s. w. — Löning S. 315 f. erklärt mit Unrecht die Lübische Vorschrift für die einzige mittelalterliche Bestimmung, welche den Schuldner prinzipiell für jeden Verzugsschaden verantwortlich macht. — Ueber die speziellen Fälle, daß ein Fremder oder ein Fuhrmann dadurch Schaden erleidet, daß er längere Zeit am Ort seines nicht zahlenden Schuldners verweilen muß, Löning S. 314 f.

Hauses, der Frachtverdingung, dem Dienst-, Arbeiter-, Gesindevertrage konnte der säumige Contrahent auf Zahlung einer Summe belangt werden, welche nach der Höhe des zu zahlenden Aequivalents bemessen wurde[8]). Wo es sich um eine Geldschuld handelte, wollte man zunächst nur auf Ersatz des vom Gläubiger erwiesenen Schadens, dagegen nicht ohne weiteres auf Verzugszinsen erkennen[9]). Aber mit der Ueberwindung der kanonischen Wucherverbote und der Befestigung des Röm. Rechts wurde das Widerstreben gegen Verzugszinsen bekämpft[10]). Endlich durfte nach reichsgesetzlicher Bestimmung der Gläubiger im Fall eines Dahrlehns 5 Prozent Verzugszinsen fordern, und falls sein Schaden größer ist, dies Plus liquidiren[11]); er hatte die Wahl zwischen Schadensersatz und Verzugszinsen.

Diese Bestimmung wurde regelmäßig auf alle Geldforderungen ausgedehnt und auch in die Partikularrechte übernommen[12]); einzelne lassen bei Darlehn nur Verzugszinsen zu und gestatten nicht die Forderung eines höheren Schadensersatzes[13]), andere gehen über 5 Prozent hinaus und lassen auch 6 Prozent Verzugszinsen zu[14]);

---

[8]) Z. B. Hauszins für ein halbes Jahr, Gesindelohn auf ein Jahr u. s. w. Stobbe S. 34 ff. — Aehnliche Fixirungen auch im neueren Recht, z. B. Hand.GB. art. 518 ff., 545 f., 581 ff., 638, 668.

[9]) Dies ist noch der Standpunkt des zweiten Würtemberg. Landrechts (v. Wächter I. S. 496). — Solmser LO. II. 2. § 11, 12: das Gericht erkennt nach seinem Ermessen auf Bezahlung des liquidirten Interesse; trifft den Entleiher wegen Unfalls keine Schuld, „so soll er billig für entschuldigt gehalten werden“.

[10]) Const. Sax. II. 30: im allgemeinen sei im konkreten Fall das Interesse zu liquidiren; ist das Kaufgeld eines Immobile rückständig, so sei auf 5 Prozent zu erkennen, besonders wenn man annehmen dürfe, daß das Gut „an Nutzung jährlich so viel ertragen möge“. — Frankf. Ref. II. 11. § 15: bei Darlehn sei im Fall des Verzugs auf 5 Prozent Interesse und nicht mehr zu erkennen; doch habe der Richter das Moderationsrecht; II. 24. § 7: wegen Nicht-Bezahlung des Kaufgeldes für ein Immobile dürfe der Richter auch ohne Liquidation mindestens auf 5 Prozent Verzugszinsen erkennen.

[11]) Reichs-Deput. Abschied v. 1600 § 139 (Reichsabschiede III. S. 495).

[12]) Z. B. in das dritte Württ. Lbr. (v. Wächter I. S. 496), Trierer Lbr. XIV. § 3 u. s. w. Von neueren Gesetzen z. B. Sächs. GB. § 742, Dresden. Entw. art. 300. — Schweiz. Obl. R. art. 119, 121. — Seuffert XII. no. 14.

[13]) Preuß. Lbr. I. 11. § 830, 833, 834, C. civ. art. 1153. — Nach Oestr. GB. § 1333 vgl. mit 995 nur 4 Prozent.

[14]) Hamburg. Statt. II. 1. 4.

dies ist nach dem Handelsgesetzbuch art. 287 allgemein die Höhe der Verzugszinsen bei Handelsgeschäften.

Andererseits befestigte sich die Ansicht, daß auch wo der vertragsmäßige Zinsfuß niedriger sei, doch 5 Prozent Verzugszinsen gefordert werden dürften[15]), und daß, wenn die vertragsmäßigen Zinsen höher als 5 Prozent seien, die Verzugszinsen gleichfalls in diesem höheren Betrage laufen[16]).

Die römischen Bestimmungen, daß von gewissen Schulden keine Verzugszinsen laufen[17]), fanden auch in Partikularrechten Aufnahme[18]). Auch dürfen in Folge des Verbots des Anatocismus von rückständigen Zinsen[19]), also auch von nicht bezahlten Coupons keine Verzugszinsen gefordert werden; denn trotz ihrer Abtrennung von der Hauptobligation sind sie keine abstrakten, der causa debendi entkleideten Obligationen, sondern bleiben Zinsforderungen[20]).

Entsprechend dem Römischen Recht wurden auch schon im Mittelalter gelegentlich den Schuldnern Moratorien ertheilt, theils so, daß die Majorität der Gläubiger mit verbindlicher Wirksamkeit für die Minorität[21]), theils daß Kaiser oder Landesherrn durch ein

---

[15]) Pufendorf obs. II. 132, Baumeister I. S. 294 N. 19, Haubold § 269a N. f., Sächs. GB. § 742, Preuß. Ldr. I. 11. § 831, Dresden. Entw. art. 298, Schweiz. Obl. R. art. 119. — Besonderes Privileg für Kaufleute und Juden Preuß. Ldr. I. 11. § 832.

[16]) Sächs. GB. § 742, Dresden. Entw. art. 298, Reichsgesetz v. 14. Nov. 1867 § 3, Schweiz. Obl. R. art. 119.

[17]) Windscheid § 280 N. 9—11.

[18]) Z. B. Preuß. Ldr. I. 11. Anh. § 26 zu § 827, Haubold § 270 N. f. ff., Sächs. GB. § 738, 742.

[19]) Brünner Schöffenb. c. 121, Hommel rh. 49 § 1, Dresden. Entw. art. 299.

[20]) Seuffert XX. no. 59, Entsch. des ROHGer. X. S. 213 ff., Gareis in Busch Arch. XXXIV. S. 114. — Dagegen laufen von Zinsrückständen Verzugszinsen, nachdem die im Urtheil für ihre Bezahlung bestimmte Zeit abgelaufen ist, Preuß. Ldr. I. 11. § 821. — Anders Schweiz. Obl. R. art. 120: „vom Tage der Anhebung der Betreibung oder der gerichtlichen Klage“ an; vgl. auch C. civ. art. 1154.

[21]) Z. B. Lüb. Urk. B. II. 1. no. 124 aus dem Ende des 13. Jahrh. (vgl. auch Böhlau Mecklenb. Landr. I. S. 76 N. 70), no. 461 a. 1325, II. 2. no. 1057 a. 1320, Pauli Lüb. Zustände II. S. 57; Städtechroniken V. S. 100 mit Bezug auf Augsburg im J. 1434, Nürnberg. Ref. v. 1522 XXII. c. 8, Frankf. Ref. II. 27. § 8. Der Magdeb. Schöffenstuhl sperrte sich noch

Privileg dem Schuldner Aufschub für Bezahlung seiner Schulden ertheilten[22]). Nach neuerem Recht dürfen die Landesherrn nicht mehr durch derartige Privilegien in jura quaesita eingreifen[23]).

2. Sowohl nach älterm als neuerem deutschen Recht treten, wo der Gläubiger die Leistung vom Schuldner abzuholen hat (sg. Holschuld), die Folgen der mora erst ein, wenn der Schuldner auf die Interpellation hin nicht geleistet hat[24]). Dies gilt auch dann, wenn ein fester Leistungstermin bestimmt ist. Da der Schuldner nicht proprio motu, sondern auf die Aufforderung des Gläubigers zu leisten hat, kommt er z. B. bei Wechseln, Anweisungen, Inhaberpapieren u. s. w. erst in Verzug, wenn er trotz ergangener Mahnung nicht leistet[25]).

Soll aber der Schuldner die Leistung dem Gläubiger bringen und ist ein fester Termin verabredet, so bedarf es nach deutschem Recht keiner Mahnung, sondern befindet sich der Schuldner sofort in Verzug, wenn er den Termin verstreichen läßt: dies interpellat pro homine[26]). Demgemäß ist denn auch die über dem gemeinen

---

am Ende des 15. Jahrhunderts dagegen, vgl. Böhlau in der Ztschr. f. R. G. IX. S. 29. N. 92.

[22]) Baier. Ldr. tit. 23 (ed. Heumann p. 132): ob der landesherre jeman .... seine brief gaeb, ze ainer freyung für gelt ze jaren, lanck oder churtz. — Königl. Stundung der Handelsschulden eines Bruchsaler Kaufmanns in Mone's Ztschr. f. Gesch. des Oberrheins VII. S. 289 f. — Augsb. Priv. v. 1487 (Gengler C. D. munic.): trotz des Kaiserlichen Moratoriums dürfe man doch den gemainen geschriben keisserlichen Rechten gemäs Caution verlangen oder Arrest auf die Güter des Schuldners legen. — Einige historische Mittheilungen auch bei Pufendorf obs. II. 22. § 2 ff.

[23]) Vgl. z. B. Haubold § 269[b] N. g., Steinacker S. 251, Förster I. § 91. N. 42 ff.; über weitere Partikularrechte Zachariä Staatsrecht § 174. II. — Dagegen durften Moratorien noch nach der Grhrzgl. Hess. V. O. v. 6. Apr. 1818 ertheilt werden; über die darauf bezügliche Praxis Heinzerling im Arch. f. prakt. Rechtswiss. N. F. XI. S. 98 f. — Reichsgesetzlich allgemein untersagt durch das Einf. G. § 14 zur Civ. Pr. O. und durch das Einf. G. § 4 zur KonkursO.

[24]) Brunner in Goldschmidt's Ztschr. XXII. S. 74 f.

[25]) Seuffert XXV. no. 224, Entsch. des ROHGer. V. S. 375 f.

[26]) Bestritten ist dies für die Zeit der Volksrechte vgl. Löning S. 27 ff., 32, 98 ff., gilt aber unbedingt nach den Quellen des späteren Mittelalters, Neumann Wucher S. 115 ff., Löning S. 165 ff. — Nach französischem Recht bedurfte es der Mahnung, S. 322 N. 9.

Recht entstandene Controverse, ob bei festem Termin die Mora von einer Mahnung abhängig sei oder nicht, von der Praxis und der Gesetzgebung regelmäßig in dem letzteren, dem Gewohnheitsrecht entsprechenden Sinne entschieden worden[27]). Ist kein fester Termin für die Erfüllung bestimmt, so kann der Gläubiger jeder Zeit resp. zu der dem Vertragsinhalte nach angemessenen Zeit die Leistung fordern, und geräth der Schuldner erst in Verzug, wenn er auf die Aufforderung nicht erfüllt[28]). Die Mahnung bedarf im allgemeinen keiner besondern Form[29]) und es genügt die außergerichtliche Interpellation[30]). Die Zusendung einer Rechnung, welche nach Partikularrechten als Mahnung gilt[31]), reicht nach dem Handelsgesetzbuch art. 288 dazu nicht hin[32]).

3. Ebenso wie nach gemeinem Recht giebt auch nach älterm und neuerem deutschen Recht, abgesehen von einzelnen Verträgen, wie Kauf, Verlagsvertrag u. s. w. (vgl. unten), die Mora des einen Contrahenten dem andern nicht das Recht, von dem Vertrage zurückzutreten; er darf im allgemeinen nur Erfüllung und Schadensersatz fordern[33]).

---

[27]) Windscheid § 278 N. 4, 5 mit den dortigen Nachrichten, Mynsinger obss. III. no. 95, Pfeiffer prakt. Ausf. VIII. S. 253, 255 f., Kniep Mora. I. S. 118 ff., Baumeister I. S. 294, Seuffert VI. no. 163 mit der dortigen Bemerkung. — Preuß. Ldr. I. 11. § 828, 829, I. 16. § 20, Oestr. GB. § 1334, Sächs. GB. § 736, Zür. GB. § 958, Dresden. Entw. art. 283, Schweiz. Obl. R. art. 117; vgl. auch HGB. art. 288.

Nach dem C. civ. art. 1139 ist dies nur dann der Fall, wenn besonders verabredet ist, daß mit dem Verstreichen des Termins ipso jure der Schuldner in mora kommen soll; sonst bedürfe es der Mahnung; vgl. über diesen Satz Entsch. des ROHGer. XIX. S. 395.

[28]) Löning S. 167 f., Nürnb. Ref. v. 1522 XXII. c. 1, v. 1564 XIII. 2. § 2 u. s. w. — Die Mahnung ist nicht ganz in die Willkür des Gläubigers gestellt; ein Darlehn z. B. darf nicht sofort zurückgefordert werden, vielmehr hat der Richter eine angemessene Zeit zu bestimmen, Hamb. Statt. v. 1603 II. 1. 3. Vgl. auch Hand.GB. art. 326.

[29]) Partikularrechtlich wird gefordert Mahnung durch das Gericht oder vor zwei Zeugen, Trierer Ldr. XIV. § 9, eine öffentlich beurkundete Aufforderung oder etwas dem ähnliches, C. civ. 1139 u. s. w.

[30]) Hommel rh. 137. § 2, Haubold § 269[a] N. e.; vgl. auch Windscheid § 279 N. 1.

[31]) Hannöv. VO. v. 1824 bei Steinacker S. 284 N. 2 und Citate bei Seuffert VII. no. 305 N. 2.

[32]) Ihm schließt sich an der Dresden. Entw. art. 288.

[33]) Preuß. Ldr. I. 5. § 393, 394 (vgl. auch § 396—401), I. 11. § 231,

§ 183. Die Verhaftung für Nachlässigkeit und das Tragen der Gefahr.

I. Nach Römischem Recht ist das Maß der Sorgfalt, welche ein Contrahent dem andern zu prästiren hat, nach dem Inhalt der Obligation verschieden: bald ist es die Sorgfalt des diligens paterfamilias, bald genügt die Sorgfalt, welche die betreffende Person in ihren eignen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, bald haftet der Contrahent nur für lata culpa. Dagegen braucht kein Contrahent dem andern den Schaden zu ersetzen, welcher demselben durch Zufall, casus an seinem Vermögen begegnet. Das ältere deutsche Recht befolgt andere Grundsätze, welche darum hier einer kurzen Darstellung bedürfen, weil sie in einzelnen beschränkten Nachwirkungen sich im Recht der Gegenwart erhalten haben[1]).

1. Nach deutschem Recht hat jeder Contrahent für seine Schuld einzustehen; doch wird nicht zwischen culpa levis und culpa lata unterschieden. Darüber ob der Betreffende die ihm obliegende Sorgfalt beobachtet, oder ob er Schuld hat, ließ man sein eignes Gewissen entscheiden; schwört er, daß er ohne Schuld sei, so galt es als erwiesen, daß der Schaden durch Zufall herbeigeführt sei[2]). In einzelnen Volksrechten begegnet die Auffassung, daß Jeder in fremden Angelegenheiten dasselbe Maß von Sorgfalt prästiren soll, welches er in seinen eignen anwendet. Werden von einem schädlichen Ereigniß, welches die eignen und die fremden Sachen im Besitz des Contrahenten gleichmäßig bedroht, nur die fremden Sachen betroffen, so sah man darin einen Beweis, daß er mit

Sächs. GB. § 864. — Dagegen giebt ihm C. civ. 1184 das Rücktrittsrecht, indem jedem zweiseitigen Vertrage die lex commissoria als stillschweigend beigefügt gilt. — Der Dresden. Entw. art. 305 bestimmt: „Ist in Folge des Verzuges des Schuldners dem Gläubiger die Leistung nutzlos geworden, so kann dieser, unbeschadet des Anspruchs auf weitern Schadensersatz, die Annahme der Leistung verweigern und die Gegenleistung zurückhalten oder, wenn er sie schon gewährt hat, zurückfordern"; vgl. auch Schweiz. Obl. R. art. 122—125.

[1]) Ueber das ältere Recht Stobbe zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts. 1855 S. 209—304.

[2]) Stobbe S. 291, 292.

Rücksicht auf die fremden Sachen die erforderliche Sorgfalt außer Augen gelassen habe[3]), — eine Auffassung, welche auch in der spätern romanistischen und kanonistischen Literatur nachwirkte[4]).

2. Während beim Diebstahl, durch welchen eine fremde Sache dem Gewahrsam eines Contrahenten entzogen wird, ebensowohl casus wie culpa vorliegen kann, verpflichtet das deutsche Recht den Contrahenten in einzelnen Fällen unbedingt für Diebstahl einzustehen und wird er mit der Entschuldigung nicht gehört, daß ihm seine eigenen Sachen gleichzeitig gestohlen seien. Ohne Einfluß des Römischen Rechts besteht hier die Pflicht zu einer gesteigerten Sorgfalt, welche der römischen Verhaftung für custodia einzustehen entspricht. Es gilt dies für den Depositar, Hirten, Fuhrmann, Schiffer, Handwerker, Dienstboten u. s. w., welchen die fremden Sachen zur Obhut, Verarbeitung oder zum Transport übergeben sind[5]).

3. Der Depositar und der Commissionär, welche Geld für ihre Aufbewahrung oder für den Verkauf der fremden Sachen erhalten, der Wirth, welcher die Sachen des Fremden in sein Haus aufnimmt, der Commodatar, der Pfandgläubiger haben auch für den Zufall einzustehen, von welchem die fremden Sachen in ihrem Gewahrsam betroffen werden[6]).

4. Wer bei der Ausführung einer vertragsmäßigen Verpflichtung, welche er im Interesse eines Andern vorzunehmen hat, Schaden erleidet, hat seinem Contrahenten gegenüber Anspruch auf Ersatz[7]).

---

[3]) Stobbe S. 215 f., 217 f., 219 ff., 248, 257, 259; Dahn westgoth. Studien S. 101 f. Vgl. auch Aachener Stadtr. des 15. Jahrh. c. 63 (Lörsch) S. 115.

[4]) Stobbe S. 221, 222 N. 10, 291 N. 3. — c. 2 X. III. 16.

[5]) Stobbe S. 216, 246 ff. In Betreff des Handwerkers auch Nürnb. Ref. v. 1522 XXVII. 8, v. 1564 XVII. 2. Manche Quellen nehmen dies auch für den Gastwirth (Stobbe S. 231, Neumünster. Kirchspielsgebräuche art. 28) und für den Commissionär an, welcher Lohn erhält (S. 233 N. 23), während in andern sie selbst für den Zufall haften (oben no. 3). Ganz besonders galt es auch für den Fall des Geleits, indem hier eine Art Assekuranz gegen Schaden von Feindes oder Räubers Hand abgeschlossen war (Stobbe S. 232).

[6]) Stobbe S. 227 ff., 251 ff. Ueber die Haftung des Pfandgläubigers die Citate in N. 17.

[7]) Stobbe S. 285 ff.

5. Im Uebrigen hat Jeder den zufälligen Schaden zu tragen, von welchem sein Vermögen betroffen wird (casum sentit dominus). Da eine verkaufte Sache so lange zum Vermögen des Verkäufers gehört, bis sie dem Käufer übergeben ist, ging die Gefahr der verkauften Sache erst mit der Tradition auf den Käufer über[8]).

II. Mit der Reception des Römischen Rechts gelangten in Beziehung auf die Verhaftung für culpa und die Tragung der Gefahr im allgemeinen die Römischen Grundsätze zur Geltung. Aber theils in den allgemeinen Prinzipien theils für einzelne obligatorische Verhältnisse zeigen sich doch auch Einwirkungen der nationalen Auffassung.

1. In ersterer Beziehung ist hervorzuheben, daß während das Röm. Recht nur zwei Grade der Culpa kennt, die mittelalterliche Doktrin, indem sie sich auf die einmalige Erwähnung einer culpa levissima im Corpus juris berief, drei Grade annahm (culpa lata, levis und levissima), und in der Verhaftung für culpa levissima eine Pflicht zur Sorgfalt aufstellte, welche nahe an die Verhaftung für casus heranstreift[9]). So ging denn auch in die neueren Gesetz-

---

[8]) Stobbe S. 277 ff.

Es ist mißlich aus der großen Zahl kasuistischer Entscheidungen heraus allgemeine Prinzipien zu entwickeln. Ich habe Vertragsrecht S. 293 ff. folgende Sätze vertheidigt: „1) derjenige, welcher den alleinigen Vortheil aus einem Vertrage hat, trägt auch die Gefahr; 2) wenn Jemandem eine Sache um Lohn hingegeben wird, um sie aufzubewahren, muß er auch die Gefahr tragen; 3) wenn der Vertrag ein zweiseitiger ist, aus dem beide Personen Vortheil ziehen wollen, so trägt derjenige den Zufall, welcher Eigenthümer ist, resp. derjenige, in dessen Interesse der Andere eine Handlung vornimmt." Vgl. dort auch eine Uebersicht über andere Versuche der Systematisirung. Eine neue Auffassung hat v. Meibom Pfandrecht S. 369 f. zu begründen versucht: der Urheber eines einem Andern zugefügten Schadens muß diesen ersetzen, gleichviel ob er ihm zur Schuld anzurechnen ist oder nicht, also bei Vertragsverhältnissen derjenige, welcher nach der Natur des Rechtsgeschäfts im allgemeinen dasselbe veranlaßt hat. Es erscheine aber als veranlassend bei einem Geschäft, aus welchem nur Einer Vortheil hat, dieser; bei einem Geschäft aber, welches beiden Vortheil bringt, sei nicht anzunehmen, daß der Empfänger es veranlaßt habe; er brauche daher nicht den unverschuldeten Schaden zu ersetzen. — Aber gewährt denn nicht das Depositum um Lohn, das Commissionsgeschäft um Lohn beiden Vortheil? Und doch haftet der Empfänger. Darf man denn annehmen, „daß, wenn der Depositar oder Mandatar Lohn empfängt, er allein Vortheil vom Geschäfte habe?"

[9]) Stobbe S. 229 ff.

bücher bis in das 18. Jahrhundert hinein, auch in das Preußische Landrecht die Dreitheilung der culpa über[10]).

In solchen Fällen, in denen das Röm. Recht die diligentia diligentis patrisfamilias forderte, das Deutsche Recht dagegen den Contrahenten auch für den Zufall einstehen ließ, forderte man in einer Art von Compromiß die Verhaftung für culpa levissima und glaubte in vermittelnder Weise den beiderseitigen Ansprüchen zu genügen[11]).

2. In zweiter Beziehung sind einige Einzelheiten zu erwähnen:

a) Das Römische Recht sagt gelegentlich, daß wenn der Depositar auch nur für dolus einsteht, er doch fraude non caret, wenn er nicht ad suum modum curam in deposito praestat (L. 32. D. XVI. 3). Das stimmt zu der deutschen Auffassung, daß der Depositar die fremden Sachen ebenso sehr bewahren soll, wie die eignen[12]), und demgemäß kehrt denn auch dieser Satz in zahlreichen Codifikationen der neueren Zeit wieder[13]).

b) Der altdeutsche Satz, daß der Commodatar dem Commodans für jeden Schaden einzustehen habe, wird theilweise auch von der mittelalterlichen Doktrin vertheidigt[14]) und kommt auch im

---

[10]) Ueber die 3 Grade in den zwei ersten Württ. Landrechten und die Anerkennung von bloß zwei Graden im dritten Landrecht vgl. v. Wächter II. S. 784—786.

[11]) Insbesondere soll der Depositar, welcher Lohn erhält (auf welchen nach mittelalterlichem Recht die Gefahr der Sache übergegangen ist), z. B. nach dem Solmser Landr. II. 8 § 2 („den allerhöchsten Fleiß, so möglich ist"), nach den beiden ersten Württ. Landrechten (v. Wächter a. a. O.) für culpa levissima haften. Nach den spätern Partikularrechten steht er nur für culpa levis ein, z. B. 3. Württ. Ldr. II. 3. § 1, 2, Preuß. Ldr. I. 14. § 17, Oestr. GB. § 964.

[12]) Stobbe S. 215 ff.

[13]) Revid. Lüb. R. III. 3. 1, Nürnb. Ref. v. 1564 XV. 1. § 2, Solmser Landr. II. 8. § 1, 3, Nassau-Catzenelnb. LO. v. 1616 I. 11. § 2, 3, Kurpfälz. Landr. v. 1698 VI. § 2, Preuß. Ldr. I. 14. § 11, 12, C. civ. art. 1927. — Auf den Mitverlust eignen Guts mit dem fremden wird Gewicht gelegt in dem Landr. v. Solms II. 8. § 3 und im Rev. Lüb. R. a. a. O., dagegen braucht nach dem Oestr. GB. § 964 der Depositar die fremde Sache nicht mit Aufopferung der eignen zu retten.

[14]) Stobbe S. 236; auch Kant vertheidigt ihn als natürliche Ansicht.

Lübischen Recht zur Geltung[15]), während anderwärts die Haftung für culpa levissima gefordert wurde[16]).

c) Von dem ältern Satz, daß der Pfandgläubiger für den casus einsteht und beim Untergang des Pfandobjekts seine Forderung verliert, haben sich einzelne Spuren auch im modernen Recht, besonders in Rücksicht auf die Pfandleihanstalten erhalten[17]).

d) Eine wesentliche Differenz besteht für den Kaufvertrag, indem die Gefahr nicht wie nach Röm. Recht mit dem Abschluß des Vertrages auf den Käufer übergeht, sondern der Moment der Tradition entscheidet (vgl. unten § 184. 5).

e) Nach altdeutschem Recht galt in einer Reihe von Fällen das Prinzip, daß, wer bei Ausübung einer vertragsmäßigen Handlung Schaden an seinem Vermögen erleidet, von demjenigen Ersatz fordern darf, für welchen er thätig geworden ist: so das Gesinde, welches im Dienst des Herrn sein Gut verliert[18]), der Bürge, welcher für den Schuldner das Einlager leistet[19]), der Vasall, welcher im Lehnsdienst[20]), der Beamte, welcher im städtischen Dienst Schaden erleidet[21]) u. s. w.

---

[15]) Rev. Lüb. R. III. 2. 1.

[16]) Nürnb. Ref. v. 1522 XXIV. c. 1, v. 1564 XIV. c. 1, Preuß. Ldr. I. 21. § 248, Stobbe S. 238 f. — Nach einer Berliner Usance soll, „wenn Waare von einem Ort nach einem andern für Rechnung und Gefahr des Käufers versandt wird, der letztere das Risiko der Reise und die sonstige Gefahr nicht bloß in Ansehung des Guts, sondern auch in Ansehung der Emballage zu tragen" haben Entsch. des ROH.Ger. XIII. S. 369); die Gefahr der dem Verkäufer gehörigen Säcke geht auf den Käufer über. — Auch macht sich insofern die altdeutsche Rechtsauffassung h. z. T. geltend, als es für anständig, gentil, gilt dem Commodans den zufälligen Schaden zu ersetzen. Vgl. übrigens auch § 201 N. 21.

[17]) Vgl. oben II. § 106 N. 37 ff., § 107 N. 26 ff., § 154 N. 19 ff.

[18]) Stobbe S. 286; auch nach späterm sächs. Recht auf Grund von Sachsensp. III. 6. § 3, Haubold § 99 Zus. 8.

[19]) Stobbe S. 204 f.

[20]) Stobbe S. 288 f. Die dort angeführten Stellen lassen sich noch sehr vermehren, vgl. Waitz Verf. Gesch. V. S. 332 N. 1, 2, Franklin sententiae curiae regis no. 171. a. 1295, Statt. v. Nordhausen v. 1350 III. 102, Monachus Fürstenfeld. bei Böhmer fontes I. p. 5, Formelbuch des Heinricus Italicus (herausg. v. Joh. Voigt) no. 43, 49, Wattenbach C. D. Silesiac. I. p. 27, 28, 74, 112.

[21]) Stobbe S. 289 (die hier angeführte Stelle des Straßb. Stadtrechts

Das Römische Recht kennt keine derartige Verpflichtung des Mandanten; er hat dem Mandatar nur solchen zufälligen Schaden zu ersetzen, bei welchem ihn irgend ein Vorwurf trifft[22]). Denselben Standpunkt nimmt das Preuß. Landrecht (I. 13. § 80) ein, fügt aber hinzu (§ 81): „doch muß der bloß zufällige Schaden auch alsdann vergütet werden, wenn der Bevollmächtigte die bestimmte Vorschrift des Machtgebers, ohne sich der Gefahr einer solchen Beschädigung auszusetzen, nicht hat befolgen können." Noch weiter geht der Code civil art. 2000: Le mandant doit aussi indemniser le mandataire des pertes, que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable[23]), und das Sächs. Gesetzbuch § 1376: „Hat ein Gesellschafter bei Besorgung einer gemeinschaftlichen Angelegenheit durch Zufall einen Schaden erlitten, welchen er nicht erlitten haben würde, wenn er die Besorgung nicht übernommen hätte, so kann er von den übrigen Gesellschaftern verhältnißmäßigen Ersatz verlangen"[24]).

---

wird von Nitzsch Ministerialität und Bürgerthum S. 193 nicht richtig erklärt); vgl. auch Lüb. Urk. Buch I. no. 692, Grimm Weisth. I. S. 572, 574 N.

Straßburger ältestes Priv. art. 102 (Gaupp I. S. 73 f.): die Kürschner, welche für den Bischof Pelzwerk einkaufen müssen, si dampnum aliquod in via acceperint, tam in rebus quam in captivitate, Episcopus debet eis restituere.

[22]) Windscheid § 410 N. 18.

[23]) Einen vermittelnden Standpunkt hat das Oestr. GB. § 1015: „Leidet der Gewalthaber bei der Geschäftsführung nur zufälligen Schaden, so kann er in dem Falle, daß er das Geschäft unentgeltlich zu besorgen übernahm, einen solchen Betrag fordern, welcher ihm bei einem entgeltlichen Vertrage zur Vergütung der Bemühung nach dem höchsten Schätzungswerthe gebührt haben würde."

[24]) Nach dem Hand. GB. art. 93 kann er nur für Verluste aus solchen Gefahren Ersatz fordern, welche von der Geschäftsführung „unzertrennlich" sind.

Zweite Abtheilung. Die einzelnen Forderungen aus Verträgen.

§ 184. Der Kaufvertrag.

1. Nach älterem deutschen Recht war der Kaufvertrag nur bindend, wenn er unter bestimmten Formen abgeschlossen oder von einer Seite erfüllt war[1]). Den Lieferungskauf erklärten einzelne Gesetze nicht bloß für nicht bindend, sondern verboten ihn sogar[2]). Diese Bestimmung, ebenso wie die Verbote oder Beschränkungen von Verkäufen der Früchte auf dem Halm[3]) und sonstige Beschränkungen

---

[1]) Vgl. oben § 165. — Das Gothaische Recht (Brückner § 777) bestimmt noch in neuerer Zeit für den Pferdehandel, daß er erst mit Uebergabe des Pferdes abgeschlossen sei.

[2]) Prager Stadtr. (Rößler) no. 13, 14 S. 10 f., Lüb. Willkür bei Hach S. 555; vgl. auch Goldschmidt's Ztschr. I. S. 388, M. Neumann Gesch. des Wuchers in Deutschland 1865 S. 101 ff.

[3]) Cap. Aquisgran. a. 809. c. 12. (Mon. LL. I. p. 156), welche Bestimmung in verständlicherer Fassung sich im Liber Papiensis Karol. 65 (Mon. LL. IV. p. 498) wiederfindet: ut nemo propter cupiditatem pecuniae et propter avaritiam suam prius det pretium et futuram coemptionem sibi praeparet, ut duplum vel triplum recipiat, sed tunc tantum, quando fructus praesens est, illum comparet.

Braunschw. Stadtr. v. 1401 § 41 (Braunschw. Urk. B. I. S. 139): man soll den Landleuten auf ihr Korn nicht mehr als 20 Mark borgen; Sächs. Landes O. v. 1556 c. 41 (Emminghaus S. 545. 2): Früchte auf dem Halm dürfen nur zu dem Preise gekauft werden, welcher zur Zeit der Ernte der marktgängige sein wird. Aeltere Bestimmungen auch bei Neumann S. 100 ff. — Die Reichs-Polizei-Ordnung v. 1577 XIX. § 3 gestattet den Verkauf von Früchten auf dem Halm entweder zum Preise „zur Zeit des Kontrakts“ oder zu dem Preis, welcher „14 Tage die nechsten nach dem Herbst oder Erndten gelten wird.“ — Diese Bestimmung ging in viele Partikularrechte über und wurde in ihnen zum Theil noch verschärft, vgl. Wächter I. S. 503 ff., Grefe II. S. 384, Heimbach § 244 N. 5, 6, Ansbacher Verordnungen bei Arnold

der Vertragsfreiheit entsprangen dem Bestreben, wucherischen Verträgen zu begegnen. Gegenwärtig sind dieselben so gut wie ohne Bedeutung und steht überhaupt der Kaufvertrag wesentlich unter den Grundsätzen des Röm. Rechts. Wir haben daher hier nur einzelne Abweichungen oder Modifikationen hervorzuheben.

2. Die Verpflichtung des Verkäufers beschränkt sich nach einzelnen Partikularrechten nicht darauf, daß er die Sache ins Vermögen des Käufers bringt; er soll ihm auch Eigenthum übertragen[4]).

3. Nach gemeinem Recht besteht für den Käufer die Verpflichtung, nach Empfang der ihm nicht auf Borg verkauften Sache dem Verkäufer den Kaufpreis, wenn er ihn nicht sofort bezahlt

---

Beiträge II. S. 52 ff., 70 ff., 118, Baier. Ldes-O. v. 1553, Baier. VO. v. 30. Jan. 1813 § 4, v. 13. Jan. 1817, Großherzogl. Hess. VO. v. 1817 (Entsch. des ROHGer. V. S. 432 ff.). — Churtrierer Ldr. XVIII. § 8 (maßgebend soll der Preis zu Martini sein). — Preuß. Ldr. I. 11. § 594: mit gemeinen Landleuten kann ein Kauf über ihren künftigen Zuwachs nur geschlossen werden „nach den zur Zeit der Ernte marktgängigen Preisen"; II. 7. § 12: dagegen soll kein Bauer seine Früchte auf dem Halm verkaufen. — In neuerer Zeit sind die Beschränkungen in vielen Staaten beseitigt worden, z. B. in Würtemberg 1839 (Wächter I. S. 100); durch Preuß. Kabin. O. v. 22. Mai 1842 für Westphalen und allgemein durch Verordnung v. 9. Novemb. 1843; in Hannover durch Ges. v. 1. Dez. 1849 (Kraut § 128 no. 6): die Regierung behält sich vor, in Nothfällen Beschränkungen zu verordnen; Ges. f. Kurhessen v. 24. Jan. 1867, für Baiern v. 18. Febr. 1871 § 20; in Sachsen durch die Praxis (Schmidt Vorlesungen I. S. 425). — Dagegen sind solche Beschränkungen nicht durch das HGBuch aufgehoben, Entsch. des ROHGer. V. S. 432 ff.

[4]) Preuß. Ldr. I. 11. § 1: „das Kaufsgeschäft ist ein Vertrag, wodurch der eine Contrahent zur Abtretung des Eigenthums einer Sache und der andere zur Erlegung einer bestimmten Geldsumme dafür sich verpflichtet"; Oestr. GB. § 1053: der Kauf „gehört zu den Titeln, ein Eigenthum zu erwerben"; Baden'sches Ldr. 1582 (der C. civ. spricht nicht so direkt), Zürich. GB. 1383; dagegen ist nach dem Sächs. GB. § 1082 der Käufer nur verpflichtet die Sache zu „übertragen"; nach Schweiz. Obl. R. art. 229: „zu vollem Rechte und Genusse zu übergeben". — Vgl. auch die Zusammenstellung bei Gruchot Beiträge IX. 1865 S. 72—74. — Ziebarth Realexekution S. 194 behauptet, daß nach modernem Recht der Verkäufer allgemein verpflichtet sei, das Eigenthum zu übertragen. — Daß diese Tendenz zum Theil auch schon im Röm. Recht vorhanden sei, vgl. Eck die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums nach röm. und gem. deutschen Recht 1864, vgl. auch Windscheid § 389 N. 8a ff.

hat, zu verzinsen, ohne daß er durch Mahnung in mora gesetzt zu sein braucht[5]).

In das allgemeine Rechtsbewußtsein ist dieser Satz nicht gedrungen und wird insbesondere von Kaufleuten gegenüber Nicht-Kaufleuten regelmäßig nicht geübt[6]). Natürlich kann er da nicht zur Anwendung kommen, wo unter den Parteien ein späterer Zahlungstermin verabredet ist[7]); aber er ist auch da unangemessen, wo ohne Festsetzung eines Zahlungstermins das Kaufgeld kreditirt ist[8]). Hier beginnt die Verpflichtung der Verzinsung erst mit dem Eintritt des Zahlungstermins, resp. der Mahnung.

Ueberdies aber bestimmen auch zahlreiche Partikularrechte, daß die Verzinsung des Kaufpreises nicht mit der Tradition, sondern erst mit der Mahnung oder eine bestimmte Zeit nach derselben oder eine bestimmte Zeit nach Empfang der gekauften Sache zu beginnen habe[9]). Dagegen können Kaufleute unter einander nach dem Handelsgesetzbuch auch ohne Verabredung oder Mahnung von dem Tage an, wo die Forderung fällig ist, für ihre Kaufforderungen Zinsen berechnen[10]).

---

[5]) Windscheid § 389 N. 18, Randa z. Lehre von den Zinsen. Wien 1869 S. 16; vgl. auch Seuffert XII. 21, 118, 148, 263, XIII. 10, 213, Preuß. Ldr. I. 11. § 109, 110, 227 (Förster II. § 125 N. 22), — nach dem C. civ. 1652 und Schweiz. Obl. R. art. 266, wenn die verkaufte Sache Früchte oder andere Einkünfte abwirft.

[6]) Beweis dafür ist der vielfache Gebrauch, dem Käufer bei sofortiger Baarzahlung Rabatt zu bewilligen. — Der Satz hat besonders im Kleinhandel wenig Anwendung, Seuffert XII. no. 263 N. 1.

[7]) Seuffert II. no. 283.

[8]) Seuffert VII. no. 305, Steinacker S. 284 N. 2.

[9]) Sächs. Decision 15 v. J. 1746 (Haubold § 283 N. d.): von Zeit der erhobenen Klage an oder 6 Monate nach Empfang der Waaren; Trierer Ldr. XIV. 8: unter Kaufleuten, wenn die Waaren 6 Monate unbezahlt bleiben; § 9 Consumenten haben Zinsen zu zahlen, wenn sie den Kaufpreis nicht innerhalb eines Jahres entrichtet haben und gemahnt sind; Württ. Einführ. G. zum Hand.GB. art. 45: in dubio 6 Monate nach der Lieferung. — Hannöv. VO. v. 1822 (Grefe II. S. 376): 6 Monate nach außergerichtlicher Mahnung oder Zusendung der Rechnung; kann der Moment der Mahnung nicht bewiesen werden, so 6 Monate nach insinuirter Klage oder geschehener Ladung; aufgehoben durch das Einf. Ges. z. HGB. § 25, wonach jetzt mit der Mahnung die Zinspflicht beginnen soll.

[10]) art. 289 (vgl. auch Preuß. Ldr. II. 8. § 696), Entsch. d. ROHGer. XVI. S. 145.

4. Der Satz des modernen Handelsrechts, daß die Mora des einen Contrahenten den andern unter Umständen berechtigt von dem Vertrage zurückzutreten, findet in dem ältern deutschen Recht keine unzweifelhafte quellenmäßige Rechtfertigung[11]). Partikularrechtlich durfte der Verkäufer zurücktreten, nachdem er dem Gericht die mora des Käufers angezeigt hat[12]), und konnte er, wenn er dann die Sache an einen Andern für einen billigeren Preis verkauft, die Differenz vom Käufer fordern[13]), wogegen in der Receptionszeit ausdrücklich anerkannt ist, daß der nicht bezahlte Verkäufer vom Käufer die Sache nur dann zurückfordern darf, wenn er sich dies Recht im Vertrage vorbehalten hat[14]).

Auch die neueren Partikularrechte geben dem nicht säumigen Contrahenten nur in besonderen Fällen das Recht zurückzutreten oder statt der Erfüllung Schadensersatz zu fordern, so dem Verkäufer, wenn der Käufer beim Kauf unter 50 Thalern die Sachen nicht in der bestimmten Zeit abholt, oder die Baarzahlung nicht leistet, zu welcher er bei Uebergabe der Sache verpflichtet war[15]), und dem Käufer, wenn die von ihm nicht angenommene Leistung des Verkäufers mit Bezug auf Maß, Gewicht oder Zahl unvollständig ist und die Nachlieferung nicht rechtzeitig erfolgt[16]), oder wenn der

---

Zugleich gilt für die von Kaufleuten unter einander berechneten Zinsen eine Ausnahme von dem allgemeinen Verbot der Zinseszinsen, art. 291.

[11]) v. Meibom in Bekker's und Muther's Jahrb. IV. S. 485 f. nimmt für das ältere Recht an, daß wenn der Käufer nicht erfüllt, der Verkäufer auf Erfüllung oder Rückgabe des Kaufobjekts klagen durfte. Sachsensp. I. 9. § 2 und Richtst. 19. § 4 beweisen diese Behauptung nicht, da sie von der auf den Erben übergegangenen Obligation handeln; ebenso ist Schwsp. 200 eine zu spezielle Bestimmung, um auf sie einen so allgemeinen Satz aufzubauen; es heißt hier, daß wenn Jemand sein Vermögen verwirkt, davon das noch nicht bezahlte, gekaufte Gut nicht betroffen wird. — Allerdings scheint nach französ. Recht der Satz gegolten zu haben, Warnkönig französ. Rechtsgesch. II. S. 516, 563.

[12]) Wiener Stadtr. (Schuster) art. 62.

[13]) Münchener Stadtr. art. 39.

[14]) Freiburger Statt. v. 1520. II. 4. fol. 36ᵇ.

[15]) Preuß. Ldr. I. 11. § 229, 230.

[16]) Preuß. Ldr. I. 11. § 207—210.

Verkäufer vertretbarer Sachen in Verzug kommt[17]). Die Praxis schwankt[18]).

Das Rücktrittsrecht kann vertragsmäßig dem nicht säumigen Contrahenten eingeräumt werden; dies ist besonders bei den sg. Fixgeschäften der Fall, bei denen ein Erfüllungstag in der Tendenz verabredet ist, daß die Nichterfüllung an ihm den andern Contrahenten zum Rücktritt berechtigen soll[19]). Für den Handelsverkehr ist sowohl bei Fix- als bei Nicht-Fixgeschäften dem nicht-säumigen Contrahenten das Rücktrittsrecht in weiterem Maße durch das Handelsgesetzbuch gewährt[20]).

5. Nach älterm Recht ging die Gefahr auf den Käufer von Mobilien mit der Besitzübertragung, von Immobilien mit der Besitzübertragung resp. der Auflassung über[21]). Wird eine Waare dem Käufer von einem andern Ort zugesendet, so geht auf ihn die Gefahr über mit der Uebergabe an die Transportperson[22]).

Wo aber das Römische Recht Einfluß erhielt, ließ man die Gefahr bereits mit Abschluß des Vertrages auf den Käufer über-

---

17) Sächs. GB. § 741.

18) Das Rücktrittsrecht gilt nicht allgemein, Seuffert V. no. 156, X. no. 155, XI. no. 139, auch 231, dagegen dann, wenn bei mora des Verkäufers dem Käufer die spätere Lieferung zwecklos wäre, Seuffert IX. 139, XI. 230, XXIV. 228; überhaupt sind die Intentionen und Verhältnisse des konkreten Falls in Rechnung zu ziehen, XI. 141. Dagegen wird das Rücktrittsrecht ohne weiteres angenommen Seuffert II. 154, III. 164, VIII. 351.

19) Sächs. GB. § 865, Zürich. GB. art. 1402; vgl. auch Seuffert XI. no. 232. — C. civ. 1184 sieht das Rücktrittsrecht bei allen Verträgen als stillschweigend verabredet an.

20) Hand. GB. art. 343, 354—357; auch Zür. GB. § 1401.

21) Stobbe Vertragsrecht S. 277 ff., in Ihering's Jahrbb. XII. S. 204 N. 181, Laband vermögensrechtl. Klagen S. 153 f., Heusler Gewere S. 215 f.; über Schlesw. Holstein'sches Recht Paulsen S. 157 f., über Norweg. Recht Goldschmidt in s. Ztschr. I. S. 389.

22) Breslauer Signatur a. 1393 in der Ztschr. f. Gesch. Schlesiens VI. S. 340 no. 12: der Verkäufer wünscht eine besondere Erklärung darüber, daß die Waare auf des Käufers ebinteur herausse gegangen were; der Käufer sagt: das findet sich von jmselber. — Vertragsmäßig wird dies öfter festgesetzt, vgl. z. B. Ott Ruland's Handlungsbuch (Bibliothek des liter. Vereins I.). S. 32 a. 1458 und sonst: der Käufer soll während des Transports „Wagniß haben.“

gehen[23]) und diese Auffassung gewann in den Codifikationen nach der Reception die Oberhand[24]). Nur vereinzelt blieb der Satz stehen, daß bei Mobilien mit der Besitzübertragung, bei Immobilien mit derselben oder mit der Auflassung die Gefahr übergeht[25]). Und ebenso steht es auch im neuesten Recht: nur wenige Partikularrechte sind dem alten Satz treu geblieben[26]).

6. Die verkaufte Sache soll die verabredeten Eigenschaften haben und ohne erhebliche Fehler sein[27]). Hatte der Käufer die Sache einmal angenommen, so konnte er nach älterm Recht ihre Fehler nur in beschränktem Maße rügen: ist die Lieferung schlecht, so soll er sie sofort zurückweisen; hat er sie besehen und in seinen Besitz genommen, so braucht der Verkäufer für die Fehler nicht einzustehen[28]), insbesondere nicht für solche, welche er selbst nicht kannte[29]). Nur Fehler, welche auch bei aufmerksamer Schau nicht

---

[23]) Schwabensp. 229, Purgoldt III. 41, Brünner Schöff. B. 286, 303, Prager Schöff. Urtheil bei Stobbe Vertragsrecht S. 281 N. 5.

[24]) Vgl. die Citate bei Stobbe in Ihering's Jahrbb. XII. S. 241; in Betreff von Mobilien auch Wormser Ref. VI. 1. Tit. 2 und Hamb. Statt. II. 8. 13.

[25]) Citate bei Stobbe in Ihering's Jahrbb. XII. S. 241 N. 279, 281.

[26]) Preuß. Ldr. I. 11. § 95 ff., 117 ff., vgl. auch § 178 f. (Stobbe Vertragsrecht S. 282 ff., Förster Preuß. Privatr. II. § 125 N. 74 ff., Grundbuchrecht S. 93 ff.), Oestr. GB. § 1064 vgl. mit § 1048 und 1051; für den Viehhandel in Oldenburg Beaulieu-Marconnay im Arch. f. Oldenb. R. II. S. 245 bis 254. — Dresd. Entw. art. 429: „Bis zur Uebergabe der verkauften Sache trägt der Verkäufer sofern nicht ein Landesgesetz einen andern Zeitpunkt bestimmt, . . . die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung der Sache."

Römisches Recht gilt nach dem Sächs. GB. § 1091 vgl. mit § 866 bis 869; vgl. auch Zürich. GB. § 1438 und überhaupt für Veräußerungsverträge Schweiz. Obl. R. art. 204.

[27]) Die Bestimmung des Schwabensp. 306, daß bei einem Genußkauf nahe der besten Qualität geliefert werden soll (bi dem besten geben), ist nicht allgemein deutsches Recht. — Es soll Kaufmannsgut geliefert werden, Nürnb. Ref. von 1522 XXVIII. 2, v. 1564 XVI. 3. — Ueber die Bestimmung des Handelsges. Buchs art. 335: „Handelsgut mittlerer Art und Güte", vgl. Goldschmidt Handb. (1. Aufl.) I. S. 549, 555 ff., auch Endemann § 106 N. 32.

[28]) Hamb. Stdr. von 1270 VI. 27, v. 1497 M. 13, v. 1603 II. 8. 17, Lüb. R. (Hach) III. 322, Wiener Stadtr. (Schuster) art. 66, 69, Heise und Cropp Abhandl. I. S. 171 ff.

[29]) Ruprecht II. 78, Revid. Lüb. R. III. 6. 11 (vgl. auch Kraut § 129 no. 3). — Dagegen Regensburger Stdtr. von 1192 (Meiller S. 94, letzter

entdeckt werden konnten, dürfen noch nach dem Empfange geltend gemacht werden[30]).

Abgesehen von dem Viehhandel schloß man sich aber später in der Praxis und den Legislationen im allgemeinen dem Römischen Recht an. Nur hatte nach den Quellen der mittleren Zeit der Käufer nicht die Wahl zwischen der actio aestimatoria und der actio redhibitoria, sondern es war partikulär jedem dieser beiden Rechtsmittel ein besonderes Anwendungsgebiet zugewiesen[31]). Auch steht mit den ältern Rechtsgrundsätzen die Neigung der Praxis und der handelsrechtlichen Gesetzgebung in Zusammenhang, daß die Fehler der gelieferten Sache sofort oder kurze Zeit nach dem Empfange konstatirt und geltend gemacht werden sollen[32]). Im übrigen herrscht wesentlich das gemeine Recht. Wir unterlassen daher die weitere Darstellung und gehen auch nicht auf die Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs art. 346 ff. ein, welche das gemeine Recht für den Handelsverkehr modifiziren, sondern beschränken uns auf die für Viehmängel geltenden Rechtssätze.

§ 185. Fortsetzung. Die Haftung für Thierfehler und die Anfechtung des Vertrages wegen laesio enormis.

I. Die Haftung für Thierfehler[1]).

Ueber die Verpflichtung des Verkäufers wegen Mängel ver-

Abschn.): wenn der Verkäufer den Fehler nicht kannte, nichil penitus propter hoc solvet, sed dampnum tantum emendabit.

[30]) Revid. Lüb. R. III. 6. 15, insbesondere wenn die Sachen in Fässern oder Säcken geliefert sind, Langenbeck'sche Glosse zum Hamb. R. v. 1497 M. 13.

[31]) Wormser Ref. III. 1. Tit. 4—6: a. aestimatoria, wenn die Sache fehlerhaft ist, a. redhibitoria, wenn der Verkäufer die Abwesenheit von Fehlern besonders versprochen hat. — C. Max. Bavar. IV. 3. 24. no. 1, 25. no. 1: a. redhibitoria, wenn der Fehler „den völligen oder doch meisten Gebrauch der Sache benimmt", a. aestimatoria, wenn der Fehler geringer gewesen ist und der Käufer, falls er ihn gekannt hätte, nur einen geringeren Preis würde bezahlt haben. — Denselben Gegensatz beobachtet das Sächsische Gesetzbuch § 1097 für Immobilien: ist das verkaufte Grundstück nur wenig kleiner, als versprochen ist, so actio aestimatoria; ist der Ausfall aber bedeutend, so a. redhibitoria.

[32]) Z. B. Braunschw. Unter-Ger. O. v. 1764 (Steinacker S. 287): die Untauglichkeit soll binnen 4 Tagen nach dem Empfange dem Gericht angezeigt werden, Schweiz. Obl. R. art. 246.

[1]) Heise und Cropp Abhh. I. S. 163 ff.: Gewährleistung für Mängel

kaufter Hausthiere, besonders verkaufter Pferde dem Käufer einzustehen besitzt das deutsche Recht seit alter Zeit zahlreiche Bestimmungen, welche unter sich mannigfach abweichen, aber in ihren Hauptprinzipien zum Theil sich bis in die neueste Zeit erhalten[2]) und die Aufnahme der römischen Sätze verhindert haben. Bei dem außerordentlichen Partikularismus der Rechtsbildung in dieser Beziehung genügt es ihre verschiedenen Richtungen hervorzuheben.

1. Der Verkäufer, welcher wegen des Thierfehlers haftet, muß das fehlerhafte Thier zurücknehmen und dem Käufer den

---

der verkauften Sache nach germanischen Rechten. — Sachsenhauser die Lehre von der Nachwährschaft für verkaufte Hausthiere nach deutschem Recht. München 1856. — Hoffmann über die Verjährungs- und Währzeit bei dem Verkaufe mangelhafter Sachen, insbesondere bei dem Viehhandel nach Röm. und Teutschen Rechten, im Arch. f. prakt. Rechtswiss. IV. 1857 S. 177—199. — Walther die sg. Hauptmängel beim Pferdehandel, namentlich nach gemeinem Sachsenrechte, daselbst N. F. VIII. 1871 S. 3—32, 113—137 (besonders mit Bezug auf die sächsischen Rechtsbücher; S. 130 ff. über neuere Partikularrechte). — Gengler Lehrbuch S. 371 ff., deutsches Privatrecht (3. Aufl.) § 117 (in Note * Quellen und Literaturnachweise). — Förster II. § 125 N. 29 ff., Grefe II. S. 374 ff., Heimbach § 243, Sachse § 147, Kümpel § 231, Thomas III. S. 105 ff., Reyscher II. § 417. — Aelteres Berner Recht bei Manuel Studien über die Verjährungslehre im bernischen Stadtrecht 1876 S. 66 f.

Neuere partikularrechtliche Bestimmungen in: Ansbachische VO. v. 1722, Baireuther Landesconstitution v. 1722 Tit. 5 (Arnold Beitr. II. S. 81 ff., 209 ff.), Meining. Gewährschaftspatent v. 28. März 1781 und Ges. v. 6. Juli 1844, Coburger VO. v. 19. Juli 1774, Gothaisches Mandat v. 29. März 1790 (vgl. auch Brückner § 774 ff.), Waldecker VO. v. 19. April 1836, VO. für den Hamburger Pferdemarkt (Baumeister I. S. 343), Großherzogl. Hess. Ges. vom 15. Juli 1858, Baier. Ges. v. 26. März 1859 (mit einem Commentar von Lauk in Dollmann's Gesetzgebung des Kgr. Baiern I. Bd. 3. 1863 S. 1 ff.), Preuß. Ges. f. d. Hohenzollern'schen Lande v. 5. Juni 1863, Frankf. G. v. 9. Dez. 1864 (die beiden letzten auch in dem Beilageheft zu Goldschmidt's Ztschr. XII. S. 225 ff., 228 ff.), Dresden. Entw. art. 193—201. — Der Code civil hat keine Vorschriften; doch bestehen herkömmlich zahlreiche besondere Grundsätze für den Verkauf von Hausthieren, Zachariä II. § 355 N. 35.

[2]) Daß sie durch das Handelsgesetzbuch nicht außer Kraft gesetzt sind und der Art. 347 desselben nicht beim Thierhandel zur Anwendung kommt, Seuffert XXXII. no. 72. I., II., Ztschr. f. Hannov. Recht IX. 1877 S. 188—194. — Dies sagt auch ausdrücklich das Frankf. Ges. v. 9. Dez. 1864 Art. 21 und Dresden. Entw. art. 202.

Kaufpreis erstatten; der Käufer hat die actio redhibitoria, die sg. Wandelungsklage; dagegen war die Minderungsklage (actio aestimatoria) dem ältern Recht unbekannt.

2. Für Fehler, welche der Käufer selbst kannte oder bei sorgsamer Untersuchung des Thiers hätte bemerken können, steht der Verkäufer nicht ein[3]); insbesondere haftet er für dieselben nicht, wenn er erklärt, daß er das Thier so verkaufe, wie der Käufer es jetzt besehen könne.

3. Für Fehler, welche bei aufmerksamer Besichtigung des Thiers nicht entdeckt werden konnten, haftete nach älterm Recht der Verkäufer nur, wenn er sie kannte und dem Käufer nicht anzeigte, wogegen er frei war, wenn er eidlich seine Unkenntniß versicherte[4]). Später wird auf sein Wissen oder Nichtwissen kein Gewicht gelegt: der Verkäufer hat fehlerloses Vieh zu liefern und muß fehlerhaftes Vieh zurücknehmen und den Kaufpreis erstatten, gleichviel ob er den Fehler kannte oder nicht[5]).

4. Der Verkäufer steht nicht für alle, sondern nur für gewisse größere Fehler ein, welche das Gesetz als wesentliche (Hauptmängel) bezeichnet[6]), und auch nur dann, wenn sie innerhalb einer

---

[3]) Hamb. Statt. v. 1270 VI. 27. 3. Abs. (Lüb. R. bei Hach III. 322), v. 1603 II. 8. 17, Münch. Stdtr. art. 163; ebenso auch nach neuerem Recht.

[4]) L. Baiw. XVI. 9, Gosl. Statt. S. 81 Z. 2 ff., Rechtsb. n. Dist. IV. 42. d. 24, München. Stdtr. art. 163, Angelf. Recht bei Kraut § 129 no. 2, Norweg. R. bei Cropp I. S. 169 N. 12a.

[5]) Z. B. C. Max. Bav. IV. 3. 23. no. 7; seine Kenntniß vom Fehler kann ihn aber möglicherweise straffällig machen.

[6]) Die mittelalterlichen Quellen führen die Fehler besonders mit Rücksicht auf Pferde auf; abgesehen davon, daß der Verkäufer dem Käufer dafür einsteht, daß das Pferd nicht gestohlen ist (für „Anefang"), werden besonders folgende Fehler genannt: hauptsiech (Hamb. Statt. v. 1270. VI. 27; über die Bedeutung von hauptsiech Baumeister I. S. 342 N. 15); hauptsiech und staarblind (Gosl. Statt. S. 80 Z. 31 ff., Rechtsb. n. Dist. IV. 42. d. 23, Bremer Stdtr. v. 1303 no. 131 S. 142, Rigisches Recht für Reval art. 20); hauptsiech, hertslegig (Magdb. R. v. 1304 art. 36); hauptsiech, amborst (Lüb. R. [Hach] III. 322 no. 22); Rotz, herzschlechtig (Brünner Schöffenb. art. 278, Augsb. BO. von 1364 [Meyer] S. 204); hauptsiech, starblind, dempfich (Soester Recht bei Kraut § 129 no. 8); stetig, starblind (Magdb. Schöffenr. art. 31 [Laband Rechtsquellen S. 122], Braunschw. Stdtr. des 13. Jahrh. § 26); stetig, starblind, hartschlächtig, Rotz (Sächs. R. bei Haubold § 283. 2); Rotz und Koller (Kraut

gesetzlich bestimmten kürzeren Frist nach der Uebergabe hervorgetreten und dem Verkäufer oder Gericht angezeigt worden sind[7]). Die Fristen für die verschiedenen Thiere und verschiedenen Fehler sind mit großer Mannigfaltigkeit positiv bestimmt[8]). Ueberdies gilt auch eine kurze Verjährungszeit für die Klage[9]).

Wenn sich der Fehler in der gesetzlich bestimmten Frist zeigt, gilt die Präsumtion, daß er bereits zur Zeit des Verkaufs vorhanden war, und braucht der Kläger nicht zu beweisen, daß das Thier schon zur Zeit des Verkaufs den Fehler gehabt habe[10]). Nach den

---

§ 129 no. 11); Rotz, Reude, hartschlechtig (Nürnb. Ref. v. 1522 XXVIII. 3, v. 1564 XVI. 4); anbrüstig, stettisch, schnöbisch (Rev. Lüb. R. III. 6. 17). — Weitere Aufführungen von Fehlern bei Pferden und andern Thieren in Grimm RA. S. 609, Kraut § 229 no. 13, 15, Baumeister I. S. 343 N. 18, Brückner § 774, Thomas III. S. 107 ff., Reyscher II. § 417, Gengler Priv. R. § 117 S. 401 ff. — Vgl. auch die bald folgenden Citate über Fristen und überhaupt die angeführten Gesetze. — Unbegründet ist die bisweilen aufgestellte Behauptung, daß die Fehler nur exemplikativ aufgeführt seien, so z. B. Schmidt Vorlesungen I. S. 389.

[7]) Innerhalb dreier Tage: L. Baiw. XVI. 9, Lüb. R. (Hach) III. 322 N. 22, Bremer R. v. 1303 ord. 131 S. 142, Brünner Schöff. B. 278, Soest bei Kraut § 129 no. 8, Haubold § 283 N. 6, Schwed. R. bei Cropp I. S. 167. — Binnen 14 Tagen: Kraut no. 15, Nürnb. Ref. 1522 XXVIII. 3, 1564 XVI. 4. — Binnen einem Monat oder 4 Wochen: Frankf. Ref. II. 9 § 6, Frankenhauser Stdtr. II. 27 (Walch I. S. 275), Angelſ. R. bei Kraut no. 2. — 8 Wochen: Berner Stadtsatzung von 1539 c. 59 (Ztschr. f. Schweiz. Recht XX. S. 37).

[8]) Große Mannigfaltigkeit im Detail, z. B. Kraut no. 14, 18, 19, Preuß. Ldr. I. 11. § 199, 202, 204 Anh., 205 und Anh., Oestr. GB. 924, 925, Reyscher II. § 417, Brückner § 775, Gengler § 117 S. 404 f.

[9]) Frankfurt. Ges. art. 4: Der Käufer soll binnen 24 Stunden nach Ablauf der Frist, innerhalb welcher der Fehler hervorgetreten sein muß, klagen oder Anzeige beim Gericht machen und die Besichtigung durch Sachverständige beantragen; Baier. G. art. 9: Klage innerhalb 14 Tagen nach Ablauf der Frist. Vgl. auch Preuß. Ldr. I. 11. § 200, Oestr. GB. § 926, 927 u. s. w.

[10]) So jedenfalls nach den ältern Quellen, welche einfach bestimmen, daß der Verkäufer das Thier zurücknehmen muß, wenn sich der Fehler in der betreffenden Zeit zeigt. Ausdrücklich enthalten diese Präsumtion zahlreiche neuere Gesetze, z. B. die in N. 9 citirten Stellen des Preuß. und Oestr. Rechts, Sächs. GB. § 925, 926, Baier. Ges. art. 2, Reyscher II. § 417 N. 6, Cropp Beiträge II. S. 141, Brückner § 775 u. s. w. — Wo diese Präsumtion nicht gilt, hat der Käufer, welcher die Aufhebung des Kontrakts will, zu beweisen, daß der Fehler schon zur Zeit des Kaufs vorhanden war.

neueren Gesetzen ist aber diese Präsumtion nicht unumstößlich, sondern kann sie durch den Gegenbeweis des Beklagten entkräftet werden, daß das Thier zur Zeit des Kaufs gesund war und sich der Fehler erst beim Kläger entwickelt hat[11]).

5. Tritt der Fehler erst nach der gesetzlichen Frist hervor, so nimmt das ältere Recht an, daß er zur Zeit des Verkaufs nicht vorhanden war und daher vom Käufer nicht verfolgt werden darf[12]); neuere Gesetze pflegen ihm den Beweis nachzulassen, daß das Thier schon zur Zeit des Verkaufs fehlerhaft war[13]).

6. In allen diesen Fällen ist nur die actio redhibitoria zulässig; nur wenn das Vieh geschlachtet ist, findet die Minderungsklage statt[14]).

Sind die Voraussetzungen für Anstellung der actio redhibitoria vorhanden, ist aber das Thier gerade wegen des Fehlers gestorben oder hat es wegen der Gesundheitsgefährlichkeit des Fleisches getödtet werden müssen, oder kann es sonst ohne Verschulden des Käufers nicht zurückgegeben werden, so besteht doch ein Recht auf Restitution des gezahlten Kaufpreises[15]).

7. Für andere Fehler als die gesetzlich bezeichneten hat der Verkäufer nach Partikularrechten nur dann einzustehen, wenn der Käufer erweist, daß sie zur Zeit des Verkaufs vorhanden waren und daß der Verkäufer sie gekannt und arglistig verheimlicht oder daß er ihre Abwesenheit ausdrücklich zugesagt hat[16]).

---

[11]) Z. B. Preuß. Ldr. I. 11. § 2, Oestr. GB. § 927, Preuß. G. f. Hohenzollern v. 5. Juni 1863 § 2, Dresd. Entw. art. 193. Der Gegenbeweis wird ausgeschlossen im Schweiz. Entw. v. 1877 art. 284m. — Vgl. auch Sachsenhauser S. 37 ff.

[12]) So noch nach Gothaischem Recht, Brückner § 776.

[13]) Z. B. Frankenhauser Statt. II. 27 (Walch I. S. 275); Preuß. Ldr. I. 11. § 203, Oestr. GB. § 927.

[14]) Z. B. Frankf. Gef. art. 7, Baier. Gef. art. 4, Sächs. Gef. B. § 927, Preuß. G. f. Hohenzollern § 4, Schweiz. Entw. art. 284p. — Auch wenn das Thier geschlachtet ist, actio redhibitoria nach dem Lüb. R. (Hach) II. 239.

[15]) Entsch. des ROHG.Ger. X. S. 276 ff., des Reichsger. III. no. 60, VI. no. 83.

[16]) Brückner § 782, 783, Sächs. GB. § 927, Frankf. Gef. art. 5, Dresd. Entw. art. 197. — In der bloßen Nichtanzeige eines dem Verkäufer bekannten Fehlers liegt noch kein dolus, Entsch. des ROHG.Ger. V. S. 325, XII. S. 425; über den dolus vgl. auch Gengler S. 408.

8. Einzelne Rechte schließen sowohl die actio redhibitoria als auch die actio aestimatoria beim Viehhandel ganz aus; wer das Vieh besehen und in seine Gewere gebracht hat, muß den Kaufpreis bezahlen[17]). Oder sie lassen die Gewährschaftspflicht wegen Gebrechen oder mangelnder Eigenschaft nur soweit stattfinden, als sie zwischen den vertragschließenden Parteien verabredet ist[18]).

II. Die Anfechtung des Vertrages wegen laesio enormis[19]).

Die auch im kanonischen Recht (c. 3, 6 X. III. 17) anerkannten Grundsätze des Römischen Rechts über die Anfechtbarkeit eines Kaufkontrakts wegen laesio enormis waren den Deutschen früh bekannt geworden und fanden, da sie der aequitas zu entsprechen schienen, schon zu einer Zeit, in welcher im übrigen das Römische Recht nur einen sehr geringen Einfluß auf die Deutsche Rechtsbildung ausübte, bereitwillig in der Praxis und den Rechtsquellen Aufnahme[20]). Insbesondere gingen sie in die Reforma-

[17]) Baumeister I. S. 342 ff.

[18]) Luzerner Ges. v. 16. Sept. 1867 art. 1 bei Goldschmidt Beilageheft zur Ztschr. XII. S. 233.

[19]) Beseler § 105 II., Goldschmidt Handb. I. (1. Aufl.) S. 596 bis 598, Thöl § 252. — Baumeister I. S. 349—351, Reyscher II. § 418 bis 420, Zachariä II. § 358, Förster II. § 127. — Goeppert de remedio ob laesionem ultra dimidium jure communi Borussico concesso. Vratisl. 1863. — Zusammenstellungen bei Gruchot Beiträge IX. S. 313—333. — Weitere Literatur bei Goldschmidt S. 597 N.

Man könnte diese Lehre mit Reyscher II. § 418—420 auch in den allgemeinen Theil des Obligationenrechts stellen, weil die Römischen Sätze auch auf andere Verträge ausgedehnt sind. Da es sich aber doch um keine allgemeine Praxis oder Gesetzgebung handelt, ziehen wir es vor, sie bei Gelegenheit des Kaufs darzustellen und anhangsweise einige Zusammenstellungen über die späteren Ausdehnungen zu machen.

[20]) Die Volksrechte, welche das Römische Recht benutzen, scheinen den betreffenden Röm. Satz ausschließen zu wollen, L. Wisig. V. 4. c. 7., L. Baiw. XVI. c. 9. — Aber Münchener Stdtr. art. 330: wenn der Verkäufer für weniger dann umb halben tail des rechten werts verkauft hat, ist der Contrakt ohne Kraft; Bremer Urth. v. 1332 (Oelrichs S. 177 no. 31): der Verkäufer fahrender Habe, welcher over de helfte verletzt ist, soll den Verkauf in 14 Tagen anfechten; Lüb. Urtheil v. 1483 (Michelsen no. 144): da der Verkäufer eines Nachlasses boven de helfte vorsnellet ist, wird der Kauf für machtlos erklärt. — Aber auch dem Käufer gab man das Anfechtungsrecht, Purgoldt III. 45: ist der Käufer so mit Worten betrogen, das her mer wan halb also vel dorummb gegebin hat, also ein gemeyner louff uff die

tionen und in die Land- und Stadtrechte über[21]) und zwar zu Gunsten des Käufers und des Verkäufers und für Mobilien und Immobilien. Ueberdies aber dehnte man sie gemäß der Doktrin, welche in den Sätzen Diokletians ein allgemeines Prinzip ausgesprochen fand, auch auf andere onerose Rechtsgeschäfte aus; man glaubte allgemein demjenigen, welcher von einem Andern bei der Preisbestimmung übervortheilt sei, aus dem Gesichtspunkt der laesio enormis zu Hülfe kommen zu können[22]).

Da das Rechtsinstitut im Römischen Recht nur beiläufig und unvollständig geregelt war, konnte sich die Praxis in sehr freier nnd ungebundener Weise ergehen, und die gesetzlichen Bestimmungen bald einschränkend, bald ausdehnend interpretiren, woher an zahlreichen Zweifeln und Controversen kein Mangel ist. In neuerer Zeit haben manche Partikularrechte, da der Betrug schon an sich ein Grund zur Anfechtung des Vertrages ist, die Anfechtbarkeit wegen laesio enormis wieder auf den Kaufkontrakt beschränkt. Der Code civil art. 1674 giebt das Anfechtungsrecht nur dem Verkäufer eines Grundstücks, der weniger als fünf Zwölftel seines Werths erhalten hat, aber nicht dem Käufer (art. 1683). Umgekehrt hat es nach Preußischem Landrecht nur der Käufer, nicht der Verkäufer (I. 11 § 59, 60). Beim Tausch ist es nach Preußischem Recht (I. 11 § 365), dagegen nicht nach Französischem Recht (C. civ. art. 1706) anerkannt. Das Bairische Recht läßt es nur bei Theilungen zu[23]), das Sächsische Gesetzbuch § 864 verwirft es ganz und gar. Für den Handelsverkehr war seine Zulässigkeit vielfach bestritten gewesen[24]); das Handelsgesetzbuch art. 286 bestimmt allgemein: „Wegen über-

zceidt was, das es zu rechtem kouffe geguldin hetthe, so soll der Verkäufer ihm restituiren, was ober das halbe teyl ist.

[21]) Wormser Reform. III. 1, 7, Frankf. Ref. II. 2 § 8, Solmser Ldes-O. II. 10 § 7, 8, Hamb. Statt. II. 8 art. 19, Nassau Katzenelnb. LO. I. 4 § 6 bis § 11; vgl. auch Manuel (oben N. 1) S. 58 f.

[22]) Wormser Ref. III. 1. 7, V. 2. 1 fol. 104 letzter Absatz, Frankenhauser Statt. II. 38 (Walch I. S. 282), Nassausche LO. I. 4 § 6 u. s. w.

[23]) Baier. Ges. v. 10. Novb. 1861 IV.: „bei entgeltlichen Verträgen, Theilungen ausgenommen, können aus dem Mißverhältnisse, welches zwischen dem Werthe der Leistung und dem der Gegenleistung stattfindet, für sich allein weder ein Anfechtungsgrund noch sonstige Ansprüche abgeleitet werden."

[24]) Nachweisungen bei Goldschmidt Handb. I. S. 597 N. 52. In Hamburg ließ man die Anfechtung zu, Baumeister I. S. 350 N. 39, 40.

mäßiger Verletzung, insbesondere wegen Verletzung über die Hälfte können Handelsgeschäfte nicht angefochten werden"[25]).

1. So weit nun in unserm heutigen Recht die laesio enormis berücksichtigt wird, hat sich die Praxis allgemein dahin erklärt, daß wenn auch die römischen Quellen besonders Grundstückskäufe im Auge haben, der Grundsatz doch für alle Kaufobjekte zu gelten habe, und daß die Befugniß, welche das Römische Recht nur dem Verkäufer giebt, auch dem Käufer zustehen müsse, wenn er mehr als das Doppelte des wahren Werths gezahlt hat.

2. Die Anfechtung findet nicht statt, wenn der benachtheiligte Contrahent auf sie Verzicht geleistet[26]) oder wenn er mit vollem Bewußtsein über das Mißverhältniß des Preises den Kontrakt abgeschlossen hat[27]), insbesondere wenn er theilweise schenken wollte[28]), z. B. wenn ein Vater seinem Sohn sein Grundstück billig veräußert[29]), oder wenn ein Käufer einen außerordentlich hohen Preis mit Rücksicht auf seine individuelle Vorliebe oder seine individuellen Zwecke zahlt[30]).

---

[25]) Goldschmidt S. 597 N. 54.

[26]) Preuß. Ldr. I. 11. § 65, Oestr. GB. § 935, Seuffert II. no. 356, IV. 213 no. 8, VIII. 243, XI. 30 c., XV. 212, XXVIII. 212, Emminghaus S. 561 no. 7. Anders C. civ. 1674: durch Verzicht oder die Erklärung den Mehrwerth schenken zu wollen, fällt das Recht nicht fort.

[27]) Da das Römische Recht diese Einschränkung der Anfechtung nicht kennt, wird sie von gemeinrechtlichen Schriftstellern geleugnet; wer in Noth oder Uebereilung veräußert habe, könne widerrufen, so Windscheid § 396 N. 6, Seuffert VI. 70 (Dresden), XXVIII. 212 (Berlin), Goldschmidt Ztschr. IV. S. 462 (Stuttg.): nur ausgeschlossen, wenn der Verletzte die Verletzung kannte „und die Absicht der Schenkung unterstellt werden kann." Für den Satz im Text, daß um den Vertrag anzufechten, sich der Contrahent im Irrthum befunden haben müsse und daß die Veräußerung in Noth nicht dazu berechtige, Preuß. Ldr. I. 11. § 59, 60, Oestr. GB. 935, Baumeister I. S. 350 N. 42, Seuffert III. 160, XIV. 218 (München), VI. 70 (Dresden).

[28]) Oestr. GB. § 935.

[29]) Bei der Gutsabtretung, Hommel rh. 557, Pfeiffer prakt. Ausführ. IV. S. 165, Emminghaus S. 686 no. 17, II. S. 707 no. 4, Seuffert XI. 30 b., XIII. 312.

[30]) Preuß. Ldr. I. 11. § 66, Oestr. GB. § 935, Seuffert IV. 213 no. 2, XXIX. 118; z. B. wer einen Weinberg kauft, um ihn als Steinbruch, ein Grundstück kauft um es zu Bauplätzen zu verwerthen, Seuffert IV. 213 no 3, XXVIII. 121, vgl. auch III. 161.

3. Wer den wahren Werth der Sache nicht kannte, hat das Anfechtungsrecht, gleichviel ob er sich in einem entschuldbaren oder unentschuldbaren Irrthum befand; sein Mangel an Umsicht schadet ihm in dieser Beziehung nicht[31]). Daher steht es auch dem Sachverständigen zu[31]), wenngleich bei ihm im allgemeinen die Kenntniß über den wahren Werth zu vermuthen ist[32]).

4. Die Anfechtung fällt fort bei Gegenständen, welche keinen eigentlichen Preis haben, sondern für welche man einen Affektionspreis zahlt, wie z. B. Oelgemälde eines alten Meisters, alte Kupferstiche, Münzen u. s. w.[33]); ferner für Sachen, deren Ertragswerth sich zur Zeit der Veräußerung nicht feststellen läßt, bei deren Veräußerung oder Erwerb ein Risiko übernommen wird (gewagtes Geschäft)[34]). Ebenso darf man keine laesio enormis geltend machen, wenn umgekehrt der Umfang der Gegenleistung des Käufers zur Zeit der Veräußerung nicht fixirt ist, indem er z. B. außer einem festen Kaufpreis in Geld Leistungen übernimmt, deren Höhe sich erst in der Zukunft bestimmen wird, oder statt jeden Kaufpreises den Verkäufer zu alimentiren verspricht[35]).

5. Auch da, wo der Preis durch eine öffentliche Versteigerung festgestellt wird, ist die Anfechtung unzulässig, weil anzunehmen ist, daß die Contrahenten, welche die Versteigerung zur Bestimmung des Preises wählten, den hier erzielten Preis auch als den angemessenen

---

[31]) Seuffert I. 47 (Lübeck).

[32]) Baumeister I. S. 350 N. 42, Seuffert VI. 170 (Dresden).

[33]) Preuß. Ldr. I. 11. § 375, Thöl § 252 N. 26, Endemann § 108 N. 13, 14, Seuffert IV. 213 no. 1, X. 245, XII. 138, Goldschmidt Ztschr. IV. S. 463.

[34]) Z. B. Kauf eines kaufmännischen Geschäfts (Seuffert XXVII. 231), des Antheils an einer Sozietät (XXII. 30), eines Bergwerks oder Kuxes (Preuß. Ldr. II. 16. § 322, Preuß. Berggesetz § 52, Ztschr. f. Rechtspfl. in Braunschw. XI. Jahrg. 1864 S. 20 ff.), einer Erbschaft (Seuffert XXVI. 219, Preuß. Ldr. I. 11. § 486). — Ueberhaupt bei gewagten Geschäften, Oestr. GB. § 1268, vgl. auch Seuffert IV. 105, XXIII. 218.

[35]) Wird ein Grundstück mit Vorbehalt einer Leibzucht veräußert, so kann das Geschäft nicht wegen laesio enormis angefochten werden, Hommel rh. 114, Emminghaus S. 560 no. 4, 707 no. 6, Haubold § 463a N. a, Seuffert IV. 213 no. 7, VIII. 244, XIX. 133. Dagegen will die Anfechtung zulassen, weil sich der Werth des Auszugs berechnen lasse, Pfeiffer pr. Ausführ. IV. S. 165, vgl. auch VIII. S. 341 ff.

gelten lassen wollten[36]). Ebenso darf keine laesio enormis behauptet werden, wenn es sich nicht um eine freiwillige Veräußerung handelt und der Preis amtlich festgesetzt wird, wie bei einer Expropriation[37]) oder wenn der Erwerber die Sache durch Retrakt an sich zieht[38]).

6. Die Anfechtungsklage fällt fort, wenn der Verletzte nicht in der Lage ist, das seinerseits erhaltene Aequivalent dem andern Contrahenten zu restituiren, also der anfechtende Käufer diese Möglichkeit durch Veräußerung, Consumtion oder völlige Veränderung verloren hat[39]). Andererseits hat der verletzte Verkäufer die Klage nur gegen den besitzenden Käufer, nicht gegen einen dritten Erwerber[40]).

7. Einzelne Partikularrechte lassen die Anfechtung nicht bei der Verletzung über die Hälfte, sondern bei andern Werthverhältnissen eintreten[41]).

8. Die Klage ist nach Partikularrechten einer kürzeren Frist unterworfen[42]).

---

[36]) Bei allen gerichtlichen Versteigerungen Preuß. Ldr. I. 11. § 343, Oestr. GB. § 935, C. civ. 1684, Sächs. Decis. 19 v. J. 1746 (Haubold § 279 N. i), Weimar'sche Subhast. O. v. 1798 § 46, Grefe II. § 108. I, Steinacker S. 281, Reyscher II. § 420 N. 6, Beseler § 105 N. 12, Endemann § 118 N. 4. — Emminghaus S. 561 no. 48, Goldschm. Ztschr. IV. S. 62, Seuffert IV. 213 no. 4, IX. 7, XIII. 244 N. 2, XXX. 240.

Dagegen wollen doch die Anfechtung zulassen Strube Bedenken V. 69, Pufendorf obss. III. 78 (mit Bezug auf Hann. Recht), Regelsberger civilr. Erörter. S. 167 f. — Seuffert VI. 323 (Lüb.), XIII. 244 (Berl. Jur. Fak.), XX. 120 (Jena).

[37]) Vgl. z. B. Pražák das Recht der Enteignung 1877 S. 53; die entgegengesetzte Ansicht wird vertheidigt in d. Ztschr. f. Rechtspfl. in Braunschw. XI. Jahrg. 1864 S. 17 ff.

[38]) Ueber die hierauf bezügliche Controverse vgl. Walch Näherrecht S. 193 ff. — Entgegengesetzt bestimmt der C. Max. Bav. IV. 5. § 5 no. 11, daß auch der Retrahent wegen laesio enormis das Geschäft auflösen dürfe.

[39]) Seuffert I. 45, II. 75, IV. 212, VII. 168, 296, vgl. auch noch VI. 322, Reyscher II. § 420 N. 5.

[40]) Die Klage ist keine actio in rem scripta, Seuffert IV. 213 no. 5; C. civ. 1681 giebt die Klage auch gegen den dritten Besitzer.

[41]) Ueber den C. civ. oben S. 251, Würtemb. Ldr. II. 14. § 1: Verletzung „über den dritten Theil des rechten Werths“; über Entstehung dieser Bestimmung Reyscher II. § 418 N. 6 ff.

[42]) Z. B. Nassau-Catzenelnb. LO. I. 4. § 11, Preuß. Ldr. I. 11. § 68, Falck IV. S. 72, Reyscher II. § 420 N. 8 u. s. w.

Anmerkung.

Das Röm. Recht bietet keine Veranlassung, die Grundsätze von der laesio enormis auch auf sonstige onerose Verträge auszudehnen; doch hat die Praxis sie analog verwendet (Seuffert XI. 30. a.) und die Gesetzgebung ist ihr darin gefolgt: Würt. Ldr. II. 14. § 1: „im Kauffen, Verkauffen, Tauschen, Theilungen oder andern bergl. Contracten"; Oestr. GB. § 934: „bei zweiseitig verbindlichen Geschäften". Gegen die Ausdehnung ist die Hamburg. Praxis Baumeister I. S. 351 N. 43.

Am meisten gerechtfertigt ist die Anwendung gleicher Grundsätze bei Tauschverträgen, Solmſ. LO. II. 10. § 7, Würt. Ldr. II. 14. § 1, Meckl. Stdtr. bei Böhlau Ztschr. X. S. 138 f., Paulsen S. 153 N. 13, Preuß. Ldr. I. 11. § 365, 366, Oestr. GB. § 1048, 1049, Seuffert XXIV. no. 233, Endemann Hand. R. § 102 N. 12; — ausgeschlossen nach dem C. civ. art. 1706.

Dagegen fehlt es an jeder gemeinrechtlichen Grundlage, um auch Vergleiche wegen laesio enormis anzufechten, Gaill obs. II. 70, Hommel rh. 423, Pufendorf obs. I. no. 143, Oestr. GB. § 1386, Grefe II. § 108. II, Baumeister I. S. 351 N. 43, neueres Sächs. Recht Schmidt Vorles. I. S. 463; — zugelassen wird die Anfechtung von Mynsinger obs. I. 33, dem ältern Sächs. Recht (außer wenn der Verzicht gerichtlich oder eidlich bekräftigt ist) Hommel rh. 433, Emminghaus S. 147 no. 181, 182, 184, 185, Haubold § 296, dem Würtemb. Ldr. II. 22. § 4 (Reyscher II. § 418 N. 5, § 419 N. 5 ff.), den Dickelsbühler Statt. v. 1738 XVI. 4 (Arnold Beitr. II. S. 330) Paulsen S. 153 N. 13.

Ebenso findet keine Anfechtung statt bei Mieth- oder Pachtverträgen, Förster II. § 127 N. 81, Seuffert XII. 151. — Zugelassen wird die Anfechtung in der Wormser Ref. V. 2. tit. 1 fol. 104 letzt. Abs., Frankenh. Statt. v. 1558 II. 38 (Walch I. S. 282), Würt. R. (Reyscher II. § 419 N. 4), Strube Bed. III. 119, Emminghaus S. 566 no. 17, Paulsen § 88 a. E.;

bei Leibrentenverträgen, Baumeister I. S. 350 N. 41;

bei Cessionen, Baumeister I. S. 351 N. 44, Förster I. § 99 N. 156 ff., Seuffert IV. 28. — (Dagegen will die Anfechtung zulassen das Würt. Recht bei Reyscher II. § 525 N. 14 und Dernburg II. § 84 N. 24, 25);

beim Erbverzicht, Emminghaus S. 637 no. 7; unten V. § 313 N. 20;

beim Einkindschaftsvertrage, Seuffert XIII. no. 148, XVII. no. 232;

bei der Erbtheilung. — Für die Anfechtbarkeit Strube Bed. I. 157, Seuffert I. 262; nach dem C. civ. 887 bei Verletzung um mehr als ein Viertel; vgl. dagegen Windscheid III. § 608 N. 33 vgl. mit II. § 449 N. 25.

§ 186. Miethe und Pacht.

Was die Miethe oder Pacht von Sachen angeht, so giebt das deutsche Recht nur Veranlassung von ihr mit Rücksicht auf Grundstücke[1]) und die Viehverpachtung zu handeln.

A. Miethe und Pacht von Grundstücken.

Während die Römer nur eine locatio conductio rei kannten, unterscheiden die Deutschen zwischen Miethe und Pacht[2]) und befolgen für diese beiden Arten des Vertrages zum Theil abweichende Grundsätze. Die Miethe, welche dem Miether die Sache bloß zum Gebrauch überläßt, bezieht sich besonders auf Gebäude und bewegliche Sachen; die Pacht gewährt auch die Ziehung der Früchte und hat fruchttragende Sachen zum Gegenstande, besonders Landgüter, aber auch Mühlen, Gasthäuser, Viehheerden u. s. w. Als Miethe wird es auch angesehen, wenn dem Contrahenten mit einem Gebäude auch ein Garten zur Benutzung überlassen ist, ebenso wie andrerseits ein Vertrag Pacht bleibt, wenn dem Contrahenten außer dem Landgut auch das Inventar desselben zur Benutzung überlassen ist. Die Natur der überlassenen Hauptsache entscheidet darüber, ob Miethe oder Pacht vorliegt[3]). Im folgenden haben wir besonders die Miethe von Häusern im Auge und erwähnen nur gelegentlich Abweichungen, welche beim Pachtvertrage vorkommen.

1. Das Recht aus dem Miethvertrage[4]) ist nach Römischem Recht ein persönliches Recht. Dem deutschen Recht war der Gegen-

---

[1]) Ueber die Geschichte der Miethe Auer München. Stdtr. S. LXX ff., Bluntschli Zür. RG. II. S. 277—282, Arnold Eigentum in den deutschen Städten S. 192.

Drechsler der landwirthschaftliche Pachtvertrag. 2 Bde. Halle 1871 (der 2. Band enthält den Abdruck der in verschiedenen Ländern, besonders für Domänenverpachtungen bestehenden Pachtbedingungen), Blomeyer Pachtrecht und Pachtverträge Berl. 1873.

[2]) Ein beide Arten umfassender deuscher Name, der aber nur provinziell gebraucht wird, ist „Bestandvertrag“; er gehört dem Oestr. Gesetzbuch an.

[3]) Bluntschli S. 277 ff., Reyscher II. § 443. — Preuß. Ldr. I. 21. § 258—261, Oestr. GB. § 1090, 1091 (über die Unbrauchbarkeit der Definition im Oestr. GB. Unger I. S. 386 N. 16).

[4]) Das Oestr. GB. § 1094 sagt, daß durch die Miethe „der Gebrauch der Sache für gekauft anzusehen“ sei.

satz von dinglichem und persönlichem Recht unbekannt; jedoch ist es von Bedeutung, daß es dem Miether, weil er nicht die Früchte der Sache zieht, keine Gewere zuschrieb, wogegen der Pächter die Gewere hatte[5]).

Auch für die Gegenwart ist zu behaupten, daß Miethe und Pacht im gemeinen Recht persönliche Rechte geblieben sind. Da jedoch begrifflich auch die Auffassung möglich ist, daß dem Miether nicht bloß sein Vermiether verpflichtet ist, sondern daß er in ähnlicher Weise wie ein Emphyteuta oder Usufruktuar eine rechtliche Herrschaft über die Sache hat, so haben Partikularrechte sein Recht für dinglich erklärt, so besonders das Preußische Recht[6]), welches überhaupt den Kreis der dinglichen Rechte erweitert hat (vgl. oben I. § 66 II.) Dagegen darf man nicht für einzelne Partikularrechte die dingliche Natur des Miethrechts darum behaupten, weil nach ihnen „der Kauf die Miethe nicht bricht.“ Dieser Satz beweist nicht für die Dinglichkeit, sondern bezeugt nur, daß der Miether ein dinglich wirksames obligatorisches Recht gegenüber jedem Eigenthümer der gemietheten Sache hat[7]).

2. Ueber die Frage, ob der Miether ein einfaches obligatorisches oder ein dinglich wirksames obligatorisches Recht habe, gehen die Partikularrechte auseinander. In dem ältern Recht herrscht die zweite Auf-

---

[5]) Oben II. § 72 N. 21, 25. Ohne Begründung schreiben Andere, z. B. Rückert Sachenrecht S. 131, Bluntschli Privatrecht § 54. 3, dem Miether eine Gewere zu.

[6]) Förster II. § 136 N. 9, Dernburg I. § 290. Das Preuß. G. v. 5. Juni 1872 § 12 bezeichnet Miethe und Pacht als dingliche Rechte, das Oestr. GB. § 1095 für den Fall, daß sie in die öffentlichen Bücher eingetragen sind.

Daß dem modernen Rechtsbewußtsein „eine Hinneigung zu einer so zu sagen Verdinglichung der Miethe oder Verselbständigung des Miethrechts“ angehört, Bruns Besitzklagen S. 237—239, 243. — Ziebarth Realexekution S. 220 ff. schreibt dem Miether unbedingt ein dingliches Recht zu, auch da, wo der Römische Satz gilt, daß der Kauf die Miethe bricht; in diesem Fall sei „das dingliche Recht des Miethers ablösbar“. Vgl. auch Schloßmann Vertrag S. 263. — Daß nach heutigem gemeinen Recht der Miether nur ein Forderungsrecht hat, Sohm in Grünhut's Ztschr. IV. S. 459 f.

Ueber den Besitzschutz zu Gunsten des Miethers oben II. § 77 N. 29.

[7]) Ueber den Gegensatz des dinglichen und des dinglich wirksamen Rechts oben I. § 66. III.

fassung vor und gilt der Satz: „Kauf bricht nicht Miethe"[8]); er gehört auch manchen neueren Partikularrechten an[9]).

Wo dies Prinzip gilt, ist der neue Erwerber des Hauses verbunden, in die Pflichten des Vermiethers einzutreten[10]), succedirt aber auch in dessen Rechte; der Miether seinerseits muß den Miethvertrag mit dem Erwerber des Grundstücks fortsetzen und ihm die Verbindlichkeiten aus dem Vertrage erfüllen.

Die Regel: „Kauf bricht nicht Miethe" kommt aber nicht zur Anwendung, sondern das Recht des Miethers in dem Hause zu wohnen nimmt ein Ende, wenn das Grundstück durch eine nothwendige gerichtliche Veräußerung[11]) oder durch Expropria-

---

[8]) Frieblieb Abhandlungen hauptsächlich aus dem Schleswig'schen Privatrecht 1864 S. 23 ff.: der Charakter des Miethrechts im Herzogthum Schleswig. Sprichwörtlich sagt die Langenbeck'sche Glosse zum Hamb. Stadtr. 1497 G. 14; hur brickt koep; Geldern'sches Landr. IV. 4. § 1 no. 6 (Maurenbrecher Prov. Rechte II. S. 814): huere gaet voor coop, vgl. auch Graf und Dietherr Rechtssprichwörter S. 280 f.

Das Prinzip: „Kauf bricht nicht Miethe" galt nach den Goslarer Statt. S. 21 Z. 39, Rechtsb. n. Dist. II. 4. d. 5 (die Bestimmung, daß der Miether sein Recht en jar uppen hilleghen behalten darf, will nicht sagen, er behalte nur noch ein zeitweises Miethrecht, sondern hängt damit zusammen, daß der Miether auch dem ursprünglichen Vermiether gegenüber im Prozeß sein Miethrecht nur für ein Jahr behaupten darf, Rechtsb. n. Dist. II. 4. d. 2, Frieblieb S. 31 N. 1), Purgoldt II. 46, Appingadammer Bauerbrief v. 1327 § 4 (v. Richthofen Fries. Rechtsquellen S. 296), Bremer Schöff. U. zwischen 1375 bis 1378 Ölrichs S. 155, 156), Handf. f. Freib. im Uechtlande v. 1249 § 69 (Gaupp II. S. 95), Brünner Schöff. B. c. 139, Zürich. Willk. v. 1487 (Bluntschli II. S. 279).

[9]) Hamb. Statt. II. 9. 13 (vgl. auch Langenb. Gl. z. Hamb. Stdtr. v. 1497 G. 14), Geldern'sches Ldr. IV. 4. § 1 no. 6 (Maurenbrecher II. S. 814), Steinacker S. 289, Preuß. Ldr. I. 21. § 358, Preuß. G. v. 5. Mai 1872 § 12, C. civ. art. 1743 ff., Frieblieb S. 32 ff. in Betreff des dänischen Rechts. Diese Codifikationen heben zum Theil besonders hervor, daß dies nur dann eintritt, wenn der Miether sich bereits in dem Besitz des vermietheten Grundstücks befindet.

[10]) Der ursprüngliche Vermiether bleibt dem Miether daneben noch weiter verhaftet, bis ihn letzterer seiner Verbindlichkeit entläßt; falls also der Erwerber des Hauses seine Verbindlichkeiten nicht erfüllt, kann der Miether seine Interesseforderung gegen den ursprünglichen Vermiether geltend machen, Förster II. § 136 zu N. 76, Dernburg I. § 291. 2.

[11]) Nach älterem Recht wurde bei Veräußerung des Hauses wegen Pfandschulden das Recht des Miethers in dem Fall nicht hinfällig, daß der Miethvertrag älter war, als die Verpfändung, Gosl. Statt. S. 24 Z. 19 ff., vgl. auch Rechtsb.

tion[12]) oder in Folge von Zusammenlegungen, Separationen u. s. w. in andere Hände kommt[13]). Aber auch in solchen Fällen soll der Miether nicht sofort aus dem Hause getrieben werden, sondern darf er noch eine kürzere Zeit im Besitz bleiben[14]).

3. Auch ohne Einfluß des Römischen Rechts findet sich in älterer Zeit besonders in den friesisch-sächsischen Quellen, später aber in zahlreichen Partikularrechten der gemeinrechtliche Satz: „Kauf bricht Miethe" oder „treibt die Miethe auf"[15]). Der Sinn der Parömie ist nicht, daß die Miethe durch den Verkauf gebrochen wird, — denn der Miethvertrag zwischen den ursprünglichen Contrahenten bleibt bestehen —, sondern daß der neue Erwerber, welcher kein Universalsuccessor des früheren Eigenthümers ist, an den Vertrag nicht gebunden ist. Nicht in Folge seines Kaufs, sondern in Folge des Eigenthumsüberganges auf ihn kann er die Räumung der ver-

---

n. Dist. II. 4. d. 18, Carpzov bei Emminghaus S. 565 N. 6. — Aber der Miethvertrag wird gebrochen nach dem Preuß. Ldr. I. 21. § 350 ff., Oestr. GB. § 1121, Förster II. § 136 N. 135 ff., Dernburg I. § 291. 4.

[12]) Genaueres bei Grünhut Enteignungsrecht S. 140, Prazak Recht der Enteignung 1877 S. 143 N. 12, S. 148 N. 20, 21.

[13]) Vgl. darüber die verschiedenen Ablösungsgesetze, z. B. über Sachsen Haubold § 286[b].

[14]) Preuß. Ldr. I. 21. § 351 ff.

[15]) Koep de drift hure up, Billwärder Ldr. 65 (vgl. auch Baumeister I. S. 119 N. 4), Hadelner Ldr. II. 16; kauf treibt Heuer aus, Meckl. Stdtr. v. 1589 (bei Böhlau Ztschr. X. S. 129).

Der Satz gilt nach den eben angeführten Quellen, ferner dem Altdithm. Ldr. v. 1447 § 149, dem 2. Ldr. art. 104, den Neumünster. Kirchspielsgebräuchen art. 43, Lüb. R. (Hach) IV. 100, Purgoldt II. 46 (für das Stadtrecht im Gegensatz des Landrechts), dem Lütticher Gewohnheitsrecht des 16. Jahrh. art. 125 (Warnkönig Beitr. zur Quellenkunde u. s. w. S. 164), dem altfranz. Recht (Heusler Gewere S. 352 f.). — Jül. Berg. Ldr. 106 Abs. 10 (über die Praxis Maurenbrecher Provinzialrechte I. S. 272 N. 84), Churmainz. Ldr. 27. 3, Churtrierer Ldr. XIX. § 4—6, Wildenb. Ldr. II. 6. § 16, Katzenelnb. LO. I. 6. § 4, 15—17, Würt. Ldr. II. 17. § 5, 6 (v. Wächter II. S. 308, Reyscher II. § 443), Oestr. GB. § 1120, Zürich. GB. § 1495, Sächs. GB. § 1222 (Haubold § 287 N. d.; dagegen Emminghaus S. 119 N. 77, 78), Ges. f. Baselstadt v. 20. Jan. 1873, Schweizer. Obl. R. art. 281, 314.

Daß, wo diese Regel nach gemeinem Recht gilt, sie nicht auf fiskalische Grundstücke anzuwenden ist und der fiskalische Pächter das Gut die ganze Pachtzeit hindurch behält, Götting. Spruchkollegium bei Runde Beiträge I. S. 444 ff.

mietheten Sache fordern[16]). Aber auch wo dies Prinzip: „Kauf bricht Miethe" gilt, kann der Miether partikularrechtlich ein dinglich wirksames Recht dadurch gewinnen, daß er sein Miethrecht mit Genehmigung des Eigenthümers im Grundbuch eintragen läßt[17]).

4. Muß der Miether das vermiethete Grundstück wegen einer Veräußerung räumen, so darf er doch nach gesetzlichen Bestimmungen und nach der Praxis aus Billigkeitsrücksichten[18]) noch eine angemessene Zeit hindurch wohnen bleiben, um sich eine neue Wohnung zu suchen[19]). Nach neueren Gesetzen soll der Erwerber ihm den Vertrag zu den herkömmlichen Kündigungsterminen aufsagen[20]). Läßt er die erste Kündigungsfrist verstreichen[21]) oder läßt er den Miether wohnen und nimmt von ihm einmal den Zins an[22]), so wird darin eine stillschweigende Erneuerung des Vertrages von seiner Seite gefunden.

Nach einzelnen Partikularrechten ist aber auch der Vertrag zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber, wonach der letztere den

---

16) Vgl. auch Runde Beiträge I. S. 445 f., Seuffert XXIII. no. 225.

17) Nach den Quellen der Receptionszeit auch dadurch, daß er sich „mit einem General- oder Special-Unterpfandt ... versehen hat", Trier. Ldr. XIX. 4, Katzenelnb. LO. I. 6. § 17 (General-Pfandrecht); ohne eine solche gesetzlich bestimmte Folge würde das Pfandrecht dem Miether nur seine Entschädigungsforderung gegen den Vermiether sichern, v. Wächter II. S. 308 N. 16. — Ueber die Eintragung des Miethvertrages im Grundbuch Oestr. GB. § 1095 (es wird dann als dingliches Recht bezeichnet), 1120, Zürich. GB. § 1512, 1523, Sächs. GB. § 1224 (Haubold § 287 N. e.), Neuvorpommersche Hyp. O. v. 1868 § 11. — Aber auch das eingetragene Recht muß weichen, wenn eine gerichtlich nothwendige Veräußerung stattfindet, Oestr. GB. § 1121, Sächs. GB. § 1224.

18) Abweichend Seuffert VIII. 42 (Dresden): es sei „nicht allein der Billigkeit, sondern auch den rechtlichen Verhältnissen gemäß".

19) Wenigstens ein halbes Jahr: späteres Züricher Recht (Bluntschli Zür. RG. II. 280, 281 f.); 3 Monate: Lauenb. Stdtr. III. 8 (Pufend. III. S. 329), Kurköln. Ref. 1663 XIV. § 6; 14 Tage: O. A. Ger. z. Dresden (Emminghaus S. 565 no. 8. II.); bis zum Ziehtermin: Billwärder Ldr. art. 65 (St. Peters-Tag), Nürnb. Ref. v. 1522 XXV. c. 2 (Walpurgis), v. 1564 XVII. § 7 (Walpurgis oder Allerheiligen), Kurköln. Ref. 1663 XIV. § 6 mit Erläut. § 2 (für Landgüter bis zur nächsten Cathedra Petri).

20) Oestr. GB. § 1120, Sächs. GB. § 1225 (Schmidt S. 443, Emminghaus S. 119 N. 74), Zürich. GB. § 1495, 1522, Baier. Ges. v. 18. Febr. 1871.

21) Sächs. GB. § 1225.

22) Neumünster. Kirchspielsgebräuche art. 43, Katzenelnb. LO. I. 6. § 16, Trierer Ldr. XIX. § 6.

Miether wohnen lassen soll, zu Gunsten des Miethers wirksam (Vertrag zu Gunsten Dritter), so daß er von dem Erwerber die Erfüllung des dem Veräußerer gegebenen Versprechens fordern darf[23]).

5. Wenngleich, wo die Regel: „Kauf bricht Miethe" gilt, der Käufer dem Miether nicht den Gebrauch des Grundstücks zu lassen braucht, ist dieser doch seinerseits nicht berechtigt, in Folge der Veräußerung den Miethkontrakt als aufgehoben zu betrachten[24]): er bleibt vielmehr, wenn er wohnen gelassen wird, seinem Vermiether noch weiter zur Zahlung des Miethzinses verpflichtet. Hat der Veräußerer dem Erwerber seine Rechte aus dem Miethvertrage cedirt und ist der Miether von der Cession benachrichtigt, so muß er, wenngleich ihm im übrigen der Vermiether obligirt bleibt, die Miethe an den Erwerber abführen[25]).

6. Der Miethvertrag wird regelmäßig auf eine bestimmte Zeit geschlossen. Wenn aber nicht zu einem bestimmten Termin vor Ablauf der betreffenden Zeit das Verhältniß von Seiten des Miethers oder Vermiethers besonders gekündigt ist oder wenn der Miether nach Ablauf der Zeit vom Vermiether noch weiter im Besitz des Grundstücks gelassen wird, so gilt der Vertrag als für einen weitern, in den Gesetzen genauer bestimmten Zeitraum verlängert. Die partikulären Bestimmungen sind sehr mannigfaltig[26]).

---

[23]) Wildenbr. Ldr. II. § 16, Katzenelnb. LO. I. 6. § 16, Trierer Ldr. XIX. § 6, Neumünster. Kirchspielgebräuche art. 43, Baier. Ges. v. 18. Febr. 1871 (auch bei Gareis Verträge zu Gunsten Dritter S. 160 f.), Dresd. Entw. art. 550. — Praxis von Celle: Seuffert XXV. 102, XXVIII. 22, XXXII. 318, Ztschr. f. Hannov. R. IX. S. 360—369, vgl. auch Seuffert XXIII. no. 219.

[24]) Heise und Cropp II. S. 305 f., Haubold § 287 N. d., Windscheid § 400 N. 7. b. — Anderer Ansicht Reyscher II. § 443 N. 3.

[25]) Heise und Cropp II. S. 293, 294 ff., 303 ff. — Nach Strube Bed. III. no. 58 hat der Eigenthümer, welcher den Miether wohnen läßt, ohne weiteres ein Recht auf den Miethpreis.

[26]) Bleibt der Miether 14 Tage über die verabredete Zeit ohne Widerspruch des Vermiethers sitzen, so gilt der Contrakt noch für ein Jahr oder für die im ersten Vertrag bestimmte Zeit, Statt. v. Frankenhausen v. 1558 II. 37 (Walch I. S. 281). — Sitzt er einen Monat über die Zeit, so ist die Verlängerung auf ein Jahr anzunehmen, Worms. Ref. V. 2. Tit. 1 fol. 104ᵃ, Solmser L.O. II. 5. § 15, Frankf. Ref. II. 14. § 6. — Ist nicht zur gewöhnlichen Zeit gekündigt, so gilt die Pacht als auf ein Jahr verlängert, dagegen die

7. Ebenso wie nach Römischem Recht darf der Miether die Sache einem Andern (Aftermiether) weiter vermiethen; doch entsteht dadurch kein direktes Verhältniß zwischen dem ersten Vermiether und dem Aftermiether[27]). Nach einzelnen Rechten ist die Aftermiethe nur mit Genehmigung des Vermiethers gestattet[28]); doch darf letzterer seine Genehmigung nur aus bestimmten Gründen verweigern und kann der Miether bei grundloser Weigerung des Vermiethers demselben den Kontrakt auch vor der verabredeten Zeit aufkündigen[29]).

8. Der Römische Satz, daß der Pächter bei außergewöhnlichen Unglücksfällen Anspruch auf theilweisen Erlaß (Remission) des Pachtgeldes hat, wurde in den deutschen Gesetzgebungen um so bereitwilliger aufgenommen, als derselbe Grundsatz schon dem ältern deutschen Recht angehört hatte[30]). Er wurde partikularrechtlich besonders geregelt[31]).

9. Wegen der rückständigen Miethzinse durfte nach älterm Recht der Vermiether den Miether an denjenigen Sachen pfänden,

Miethe „so lange .... ihm solches (Haus) von dem Außleyherrn nicht aufgesagt wird", Trierer Ldr. XIX. § 7; Verlängerung auf ein Jahr, Wildenbr. Ldr. II. 6. § 6, Bluntschli Zürich II. S. 280 f.

Die neueren Rechte enthalten sehr detaillirte Vorschriften, z. B. Preuß. Landr. I. 21. § 325 ff. (Förster II. § 136 N. 118 ff., 167 ff.), Oestr. GB. § 114, 115, C. civ. 1737—1739, 1759, Sächs. GB. § 1218, 1219 (Sächs. Decis. v. 1746 no. 21, Haubold § 285 N. b), Zürich. GB. § 1508, 1544, Schweiz. Obl. R. art. 291, 311. — Seuffert XXXI. no. 29, 223. — Pufendorf obs. I. 135.

[27]) Nürnb. Ref. von 1522 XXV. 3, v. 1564 XVII. 3, Frankf. Ref. II. 14. § 9, Solmser LO. II. 5. § 12, Wildenbr. Ldr. II. 6. § 9, Bluntschli Zür. RG. II. S. 281, Oestr. GB. § 1098, Sächs. GB. § 1194, Schweiz. Obl. R. art. 285. — Aftermiethe ist gestattet, aber nicht Afterpacht, Churköln. Ldr. XIV. § 1, Zür. GB. § 1498, 1499, 1524, Schweiz. Obl. R. art. 306.

[28]) Statt. v. Langensalza v. 1556 c. 14 (Walch VII. S. 282).

[29]) Preuß. Ldr. I. 21. § 309 ff.

[30]) Stobbe Vertragsrecht S. 243 f. und in Betreff der Erbpacht oben II. § 136 N. 37.

[31]) Churköln. Ldr. XIV. § 2, 3, Sächs. Decis. v. 1746 d. 20 (wenn der Unglücksfall die Hälfte des jährlichen Pachtgeldes übersteigt, soll der Verpächter die Hälfte des Schadens tragen, Haubold § 285 N. a, § 286[a], Heimbach § 245 N. 1), Preuß. Landr. I. 21. § 487 (Förster II. § 136 N. 320 ff.), Oestr. GB. § 1105, C. civ. 1769, Zürich. GB. § 1537 ff., Schweiz. Obl. R. art. 308. — Dagegen kein Erlaß nach dem Sächs. GB. § 1212.

welche er in dem Hause besaß[32]), und hatte er ein Vorzugsrecht vor andern Gläubigern[33]); auch durfte er ihm von Gerichtswegen verbieten lassen, seine Mobilien vor Bezahlung des Miethgeldes von der Were fortzuschaffen[34]). Um so weniger Bedenken hatte die Reception des Römischen stillschweigenden Pfandrechts an den invecta et illata[35]) des Miethers[36]). Ebenso gab man dem Verpächter ein stillschweigendes Pfandrecht an den auf dem verpachteten Gut wachsenden Früchten[37]), öfter auch über das Römische Recht hinaus gleichfalls an den invecta et illata[38]). Während aber nach Rö-

---

[32]) Vgl. die Stellen oben § 70 N. 26, außerdem Münchener Stdtr. art. 292, Wiener Stdtr. (Schuster) art. 38, Stdtr. v. Wertheim v. 1466 § 55 (Mone Ztschr. IV. S. 155), Stdtr. v. Cleve Tit. 112 § 23 (Ztschr. X. S. 246), v. Langensalza v. 1556 art. 14 (Walch VII. S. 282). — Darüber, daß der Vermiether sich auch an solche Sachen halten durfte, welche dem Miether nicht gehörten, mit Bezug auf welche derselbe aber ein Forderungsrecht hatte, vgl. oben § 177 N. 62.

[33]) Wenn gegen den Miether wegen anderer Schulden zur Exekution geschritten wird, kann der Vermiether verlangen, daß für ihn so viel mit Beschlag belegt wird, als erforderlich ist, um seine Forderung zu sichern, Tomaschek Iglauer Oberhof S. 68 § 55, vgl. auch Donandt Bremer Stdtr. II. S. 352 f. und v. Meibom Pfdr. S. 449.

[34]) Z. B. Goslarer Stadtr. S. 22 Z. 30 ff. — Auch kommen ausdrückliche Verpfändungen an den Vermiether vor, z. B. Stralsunder Stdtb. (Fabricius) S. 40 no. 49, S. 73 no. 18. — Der Miether verpflichtet sich Sachen von einem gewissen Werth zu inferiren und dem Vermiether zu verpfänden, v. Duhn deutschrechtl. Arbeiten S. 72.

[35]) Ueber den Begriff der invecta et illata und daß dahin auch die in ein Waarenlager gebrachten, zum Verkauf bestimmten Sachen gehören, Entsch. des ROH.Ger. VI. S. 283 ff.

[36]) Stdtr. v. Cleve Tit. 112 § 23 (Ztschr. f. RG. X. S. 246), Wormſ. Ref. III. 1. Tit. 14, V. 3. Tit. 5 Abs. 1, Nürnb. Ref. v. 1522 XXIII. 1 (v. 1564 XXI. 1), XXV. 4, Frankf. Ref. II. 14. § 14, II. 19. § 3, Lüneb. Ref. II. 15. § 13, Freiburg. Ref. II. 8 Abs. 14, Ldr. v. Hadeln II. 15, Hamburg. Statt. II. 4. § 12, Wildenb. Ldr. II. 6. § 5, v. Wächter I. 86 N. 10, 565 N. 25, Preuß. Ldr. I. 21. § 395 (Förster II. § 136 N. 203 ff.), Sächs. GB. § 1228, Oldenb. G. v. 3. Apr. 1876 art. 18.

[37]) Nürnb. Ref. von 1564 XXI. 1. § 5, Frankfurt. Ref. II. 14. § 14, II. 19. § 4, Wildenbr. Ldr. II. 6. § 5, Oldenb. Ges. v. 3. Apr. 1876 art. 16.

[38]) Jül. Berg. Ldr. 106. § 7, Preuß. Ldr. I. 21. § 395, Oestr. GB. 1101, Zürich. GB. § 898, v. Wächter I. S. 565 N. 26. — Vgl. aber Seuffert XXIV. 192, XXVI. 100.

mischen Recht das durch Illation begründete Pfandrecht nicht durch Veräußerung oder Fortschaffung der Sachen erlischt[39]), erstreckt es sich nach den neueren Partikularrechten nur auf die zur Zeit der Geltendmachung der Zinsforderung noch auf dem Grundstück vorhandenen Sachen[40]), so daß es zu „einem qualificirten Retentionsrecht oder einem gesetzlichen Faustpfandrecht im Sinne des deutschen Rechts" geworden ist[41]). Es bezieht sich nur auf die dem Miether gehörigen Sachen[42]), außer soweit nach Partikularrechten gemäß dem Satz: „Hand wahre Hand" auch die Ausdehnung auf fremde Sachen zugelassen ist[43]).

Hat der Miether das Grundstück weiter vermiethet, so darf sich der Vermiether auch an die invecta et illata des Aftermiethers halten[44]); aber entsprechend der Beschränkung des alten Pfändungsrechts (N. 32), geht partikularrechtlich das stillschweigende Pfandrecht nicht weiter, als wie der Aftermiether seinerseits seinem Vermiether verpflichtet ist[45]).

---

[39]) Dasselbe gilt auch zum Theil nach den Codifikationen der Receptionszeit: das Pfandrecht bleibt bestehen an den arglistiger Weise ausgetragenen Gütern, Frankf. Ref. II. 19. § 3, Lüneb. Ref. II. 15. § 13; der Vermiether kann sich noch 8 Tage nach ihrer Entfremdung an die Sachen halten, Nürnb. Ref. a. a. O. (N. 36), oder verlangen, daß der den Zins schuldende Miether die Habe wieder zurückstelle, Wormser Ref. III. 1. Tit. 14.

[40]) Preuß. Ldr. I. 21. § 395 (Förster II. § 136 N. 204 ff., Dernburg I. § 364), Oestr. GB. 1101, Sächs. GB. § 1228 (Haubold § 204 N. c, § 288[b], Schmidt I. S. 298—300), Anhalt. G. d. Pfdr. betr. vom 13. April 1870 § 3, Oldenb. G. v. 3. Apr. 1876 art. 18 („so lange nicht diese Sachen oder diese Früchte vom Pächter oder Miether veräußert und vom Grundstück entfernt worden sind"), Schweiz. Obl. R. art. 294, Baumeister I. S. 231 f. — Entsch. des ROH.Ger. VI. S. 285 f., 287 f.

[41]) Entsch. des ROH.Ger. VI. S. 288.

[42]) Z. B. Nürnb. Ref. von 1564 XI. 9. § 2, Haubold § 288[b] N. g, Dernburg I. § 364 N. 7.

[43]) Oestr. GB. § 1101: auch die „von einem Dritten ihnen anvertrauten . . . . Fahrnisse"; Seuffert XXXII. no. 116 mit Bezug auf Hamburg; vgl. auch oben I. § 70 N. 29, II. § 146 N. 30.

[44]) Aber nicht nach Preuß. Recht, Förster II. § 136 N. 229 ff., Dernburg I. § 364 N. 5.

[45]) Sächs. GB. § 1228, Zürich. GB. § 1506, Anhalt. G. vom 13. April 1870 § 3, Oldenb. G. vom 3. April 1876 § 18, Schweiz. Obl. R. art. 295. — Pufendorf II. no. 28. — Modificirt im Oestr. GB. § 1101: „der After-

10. Für die Aufhebung des Miethvertrages gelten im allgemeinen die gemeinrechtlichen Gründe. Nur einzelnes ist hervorzuheben.

a) Der Miether kann auch vor Beendigung der kontraktlichen Zeit zurücktreten, wenn das Grundstück ihm vorher nicht bekannte erhebliche Mängel zeigt, welche für ihn das Bewohnen unthunlich oder gefährlich machen[46]); partikularrechtlich gegen eine gesetzlich feststehende Vergütung auch dann, „wenn er durch eine nicht freiwillige Veränderung in seiner Person oder Umständen außer Stand gesetzt wird, von der gemietheten unbeweglichen Sache ferner Gebrauch zu machen“ [47]).

b) Der Vermiether kann vom Vertrage abgehen, wenn der Miether die Miethe nicht bezahlt; partikularrechtlich ist dabei nicht die Voraussetzung, daß der Miethzins für zwei Jahre geschuldet wird[48]). Ferner wenn der Miether in Konkurs fällt[49]), wenn er lüderliche Wirthschaft im Hause treibt[49a]) u. s. w.; dagegen ist der gemeinrecht-

---

miether haftet nach Maß seines Miethzinses, doch ohne die Einwendung einer dem Hauptmiether geschehenen Vorauszahlung entgegensetzen zu können.“

[46]) Z. B. Nürnb. Ref. v. 1564 XVII. 6, Frankf. Ref. II. 14. § 8, Wildenbr. Ldr. II. 6. § 8, Sächs. GB. § 1221, Seuffert XXXII. no. 35. — Nach Seuffert XXIV. no. 29 auch Wanzen.

[47]) Preuß. Ldr. I. 21. § 376 ff.; in wie weit bei Versetzung eines Beamten, vgl. Förster II. § 136 N. 148.

[48]) Zweijähriger Rückstand wird wie nach gemeinem Recht im Trierer Landr. XIX. 2 erfordert. Dagegen reicht der Rückstand mit zwei Zinsterminen hin, Preuß. Ldr. I. 21. § 298, Sächs. GB. § 1220 (Haubold § 285 N. c, d, Schmidt Vorles. S. 441), oder daß überhaupt der Zins nicht bezahlt ist, Solmser LO. II. 5. § 8, Frankf. Ref. II. 14. § 10, Hadeln. Ldr. II. 16, Würt. Landr. II. 17. § 3, Zürich. GB. § 1515, Schweiz. Obl. R. art. 287, 312; daß der Pächter im letzten Jahre die Pacht nicht zahlt, Churköln. Ldr. XIV. § 4. — Oestr. GB. § 1118: wenn der Miether „nach geschehener Einmahnung mit der Bezahlung des Zinses dergestalt säumig ist, daß er mit Ablauf des Termines den rückständigen Bestandzins nicht vollständig entrichtet hat“.

[49]) Der Konkurs des Miethers berechtigt nach neuerem Recht sowohl den Vermiether als den Massekurator den Vertrag aufzuheben, Seuffert I. 390, 391, Baumeister I. S. 356 N. 21, Zürich. GB. § 1514, Sächs. GB. § 1220, Deutsche Konkurs O. § 17, 18, Schweiz. Obl. R. art. 288.

[49a]) Beförderung des Spiels, der Hurerei, Wiener Stdtr. (Schuster) art. 41, Nürnb. Ref. 1522 XXV. 2, 1564 XVII. 5, Trierer Ldr. XIX. § 3, Wildenbr. Ldr. II. 6. § 14.

liche Grund, wonach der Vermiether den Vertrag auch wegen eigenen unvorhergesehenen Bedürfnisses aufheben darf[50]), in den neueren Partikularrechten nicht mehr anerkannt[51]).

Der Tod des Vermiethers oder Miethers hebt im allgemeinen das Miethverhältniß nicht auf[52]); dagegen wird durch Abbrennen des Hauses der Vertrag gelöst[53]).

B. Viehverstellung[54]).

Gegenstand des Pachtvertrages können auch einzelne Stücke landwirthschaftlichen Viehs[55]) oder ganze Heerden sein, welche gegen ein bestimmtes Aequivalent der Eine dem Andern zur Nutzung, Wartung und Fütterung überträgt. Es kommt dies bald so vor, daß das Vieh den alleinigen Gegenstand der Pacht bildet, bald so,

---

[50]) Noch zugelassen in der Wormſ. Ref. III. 1. Tit. 12, Nürnb. Ref. 1522 XXV. 2, 1564 XVII. 5, Solmſer LO. II. 5. § 9, Frankfurt. Ref. II. 14. § 10, Jül.B. Ldr. 106 Abſ. 11, Würt. II. 17. § 3, Trier. XIX. § 2, Wildenbr. Ldr. II. 6. § 13, Churköln. R. XIV. § 7.

[51]) Pr. Ldr., Sächſ. GB. § 1220, Oeſtr. GB. § 1118.

[52]) Nach älterm Recht wurde der Vertrag durch den Tod des Vermiethers oder Verpächters hinfällig, vgl. Stobbe in Bekker's und Muther's Jahrb. V. S. 335 ff., Lewis Succeſſion des Erben 1864 S. 131 ff.; ſpäter iſt das Verhältniß auf beiden Seiten vererblich. — Nach Preuß. Ldr. I. 21. § 366 ff. ſind beim Tode des Miethers ſeine Erben nur noch kürzere Zeit gebunden und kann der Vermiether ihnen kündigen; ebenſo Schweiz. Obl. R. art. 293, 316.

[53]) Oeſtr. GB. § 1112, Sächſ. GB. § 1213, Seuffert XXI. no. 45. — Ueber die Verpflichtung zur Zinszahlung enthalten die ältern Quellen mannigfaltige Beſtimmungen: der Miether zahlt den Zins pro rata der Zeit, welche hindurch er wohnte, Wiener Stadtr. (Schuſter) art. 44; wenn die halbe Zeit noch nicht vorüber iſt, zahlt er nichts; wohnte er aber länger, ſo ſoll er die Miethe zahlen, Rigiſches Recht IV. 13 (Napiersky S. 169); er muß zahlen, wenn er auch erſt 3 Tage gewohnt hat, Rigiſches Recht ſ. Reval art. 25; er bezahlt die Miethe für das halbe Jahr, in welchem der Brand ſtattfand, Lüb. R. II. art. 118, revid. Lüb. R. III. 8. art. 1, ähnlich Lüb. Urk. B. I. S. 42 zwiſchen 1220—1226.

[54]) Scholz III. in d. Zeitſchr. f. D. R. III. S. 149—157, Huck die Viehverſtellung, ebendaſ. V. S. 227—323 (hier ſind auch ältere Quellen herangezogen). — Mittermaier II. § 293 (viele Literaturangaben), Beſeler § 197, Walter § 314—319, Gengler Priv. R. (3. Aufl.) S. 410 ff., Reyſcher II. § 446, Kraut § 136 no. 12 ff. Einige hiſtoriſche Notizen auch bei Mone Ztſchr. f. d. Geſch. des Oberrheins III. 1852 S. 402, 407, 412.

[55]) Andere ſagen: Hausthiere.

daß bei der Verpachtung eines Landguts der Verpächter das Vieh als einen Bestandtheil des Inventars dem Pächter zur Nutzung überläßt. Das Wesen des Pachtvertrages kann auf das mannigfaltigste gestaltet oder modifizirt sein, auch so, daß ein Gemeinschaftsverhältniß zwischen dem Pächter und Verpächter entsteht, in welchem Fall man von einem contractus socidae spricht.

Schon im Mittelalter kommen in Gegenden mit ausgebildeter Viehzucht solche Verträge mit sehr verschiedenen Verabredungen und unter verschiedenen Namen vor[56]). Da man in ihnen wucherliche Bestimmungen witterte, beschäftigte sich die kanonistische Wissenschaft mit ihnen[57]) und erließ man Verordnungen, um den Benachtheiligungen des Landmanns entgegen zu treten, verbot es insbesondere, daß der Empfänger die Haftung für den casus übernehme[58]). Die neueren Gesetzbücher stellen verschiedene Arten von Viehverstellungsverträgen auf und enthalten über sie mannigfache Bestimmungen[59]),

---

[56]) „Vieh auf halben thun", im Rügischen Landgebrauch Tit. 167 (ed. Gadebusch S. 210 ff.), vgl. auch Homeyer's Uebers. v. Kolderup-Rosenvinge's dänischer Rechtsgesch. S. 107 N. b. — Bei dem Pächter halb fey haben, Grimm Weisth. IV. S. 311, indem die Nutzungen, unter Umständen auch das Vieh selbst zwischen den beiden Interessenten getheilt werden soll. Z. B. Grimm Weisth. I. 205, V. 189: je nach dem Belieben des Verpächters soll der Einsteller (der Pächter) ihm entweder einen Zins für die Nutzung der Kühe oder eine Anzahl Kälber liefern; Syst. Schöffenrecht IV. 2. 20: wenn der Verpächter der Schafe seinen Einkaufspreis aus der Wolle herausgewirthschaftet hat, sollen die Schafe selbst zwischen ihm und dem Einsteller getheilt werden.

Vieh zum Andern „stellen", daher Viehverstellung; französisch bail à cheptel. Soll der Empfänger den casus tragen und später ebenso viel Stück von gleicher Quantität liefern, als er erhielt, so spricht man von „eisernem Vieh" (Purgoldt VIII. 51), Eisernviehvertrag: immerkühe, immerrinder (Baier. Urkk. v. 1253, 1346 bei Huck S. 231, 232), boves deserti, boeufs deserts (französ. Quelle bei Huck S. 240). — Vgl. auch die Bestimmung von Sanen in der Schweiz, 17. Jahrh., Ztschr. f. Schweiz. R. IX. 2. S. 130.

[57]) Endemann Studien in der romanist. kanonist. Wirthschafts- und Rechtslehre I. 1874 S. 409—411. — Auch Reyscher II. § 446 untersucht noch, wie sich die einzelnen Verträge zum Wucherverbot verhalten.

[58]) Z. B. Purgoldt VIII. 51, Nürnb. Ref. 1522 XXV. 9. 1564 XVII. 10, v. Wächter I. S. 503 N. 24. — Einzelne Verabredungen werden verboten im C. civ. 1811, 1819, 1828.

[59]) Z. B. Preuß. Ldr. I. 21. § 452 ff., 601 ff. (Förster II. § 136 VI.),

z. B. der Pächter trage die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung, dürfe einzelne Stücke veräußern, habe sie aber durch neue zu ersetzen, könne sich nicht bei Beendigung des Verhältnisses durch Zahlung des Taxwerths befreien, sondern solle ebenso viel Stück und von gleichem Werth, als er erhalten habe, ersetzen u. s. w.

Wir übergehen aber diese Detailbestimmungen. Denn es haben sich im Leben keine so festen Formen und Prinzipien herausgebildet, daß man denselben ohne weiteres das einzelne Rechtsgeschäft unterwerfen dürfte; vielmehr verlangt jeder Vertrag unter Zuhülfenahme der in der betreffenden Gegend geltenden Gebräuche seine besondere Analyse, um zu bestimmen, zu welchem Zweck (taxationis oder venditionis causa) die Taxation des überlieferten Viehs vorgenommen ist, wie es mit dem Eigenthum, mit der Haftung für die Gefahr, mit den Nutzungen u. s. w. steht.

§ 187. Gesindemiethe[1]).

1. Gesindemiethe ist derjenige Vertrag, zufolge dessen das Gesinde gegen Lohn, regelmäßig auch gegen Kost und Wohnung der

---

C. civ. 1800 ff. (Zachariä II. § 375, 376), Zusätze des Baden'schen Ldr., Zürich. GB. § 1533 ff., 1547—1559, Sächs. GB. § 1209, 1210.

[1]) Eichhorn § 328, Mittermaier II. § 294, Gerber § 181, Beseler § 108 II., Bluntschli § 185, Gengler (3. Aufl.) § 121. — Rösler Verwaltungsrecht II. § 356—359. — Haubold I. § 95—100, 104, Sachse § 172 ff., Heimbach § 117 ff., Steinacker § 32—36, Baumeister I. § 52, Förster III. § 237.

Danckwardt der Arbeitsvertrag 1874, in v. Ihering's Jahrbb. XIV. S. 228—283 (eine Abhandlung, welche zugleich das Thema des folgenden Paragraphen begreift, aber darum an Brauchbarkeit einbüßt, weil der Verf. alle verschiedenen Arbeitsverträge in einem System abzuhandeln versucht und nicht bloß von Dienstboten, sondern auch Gesellen, Gehülfen, Lehrlingen, Fabrikarbeitern, Handelsgehülfen, Schiffern, Matrosen u. s. w. handelt).

Geschichtliches Material aus den mittelalterlichen Quellen bei Mone in der Ztschr. f. G. des Oberrheins I. S. 179—197, bei Lewis Succession des Erben in die Obligationen des Erblassers S. 137—142, Löning Vertragsbruch S. 458 ff., Sickel Bestrafung des Vertragsbruchs S. 96—121. — Ueber die verschiedenen Arbeitsverträge (Lehrlinge, Gesellen, Fabrikarbeiter, Gesinde, ländliche Tagelöhner) vom wirthschaftlichen Standpunkt aus und de lege ferenda Schmoller die Natur des Arbeitsvertrages und der Kontraktbruch, in der Tüb. Ztschr. f. d. gesammte Staatswiss. XXX. 1874 S. 449—530.

Herrschaft zu häuslichen (und ländlichen) Diensten, zur Treue und zum Gehorsam verpflichtet und wegen der Zugehörigkeit zum Hauswesen der Herrschaft zugleich ihren allgemeinen Anordnungen unterworfen ist. Von der einfachen Dienstmiethe (locatio conductio operarum) unterscheidet sich das Gesindeverhältniß durch das letzte Kriterium: das Gesinde hat nicht bloß einzelne obligatorische Verpflichtungen zu erfüllen, sondern befindet sich in einer über das Obligationenrecht hinausgehenden allgemeinen Abhängigkeit von dem Willen und den Befehlen der Herrschaft[2]). Andererseits ist aber dies Subjektionsverhältniß kein Grund, um die Gesindemiethe aus dem Obligationenrecht in das Personen-[3]) oder in das Familienrecht zu verweisen[4]). Denn die Dienstleistungen ergeben sich nicht als Folge aus dem Subjektionsverhältniß oder treten zu demselben hinzu[5]), sondern das wesentliche des Gesindeverhältnisses ist die auf einem Contrakt beruhende Verpflichtung zu häuslichen Diensten: weil diese dem Bedürfniß entsprechend nur geleistet werden können, wenn das Gesinde zum Haushalt des Herrn gehört, so erscheint die Hausherrschaft als sekundäres Moment. Ueberdies aber unterscheidet es sich von den Familienverhältnissen durch seine beschränkte Dauer[6]).

2. Die Gesindemiethe scheint in ältester Zeit noch nicht vorzukommen; die entsprechenden Dienste wurden von Leibeignen oder Hörigen oder auch von freien Personen geleistet, welche sich für ihre Lebenszeit zu der Herrschaft in ein Dienstverhältniß begeben hatten. Aber in der Zeit der Rechtsbücher und Stadtrechte[7]) be-

---

[2]) Vgl. auch Seuffert III. 309.

[3]) Dahin will sie, nach dem Vorbilde des Preuß. Ldr. II. 5, v. Savigny System I. S. 366 f. stellen, und dies thut Steinacker S. 94 ff. (zwischen die Stände und die Religionsgemeinschaften).

[4]) Eichhorn § 328, Kraut § 196, Haubold § 95 ff., Bluntschli § 185, Förster II. § 237. — Runde § 200 stellte sie noch in das Obligationenrecht.

[5]) Dieser Ansicht ist Bluntschli a. a. O.; er sagt, daß der Vertrag „auch obligatorische Beziehungen erzeugt, daß aber sein eigentlicher Gehalt doch nicht von obligatorischer Natur sei".

[6]) So Gerber § 181 N. 2, Beseler § 108 II. c.

[7]) Das freie Gesinde ist nicht, wie Lappenberg Hamb. Stdtr. S. XLV anzunehmen scheint, den Städten eigenthümlich. Vielmehr finden sich bereits

gegnet neben der Leibeigenschaft die zeitlich begrenzte Abhängigkeit freier Personen, des Gesindes[8]), und erscheint die Gesindemiethe als ein in den verschiedenen deutschen Gegenden ziemlich gleichmäßig ausgebildetes Institut. Beim Mangel an unmittelbar verwendbaren Römischen Bestimmungen bleiben auch später im wesentlichen die gleichen Rechtsgrundsätze bestehen, nur daß einzelne Schroffheiten des ältern Rechts gemildert werden. Neuerdings ist das Rechtsverhältniß theils in den Gesetzbüchern, theils in besondern, zum Theil lokalen Gesindeordnungen geregelt[9]).

3. Der Vertrag zwischen dem Gesinde und der Herrschaft ist ein Consensualvertrag, galt aber nach altem Recht erst dann als perfekt, wenn das Gesinde vom Herrn ein Daraufgeld (arrha, Gottespfennig), ein Miethgeld erhalten hatte[10]). Auch nach heutigem Recht wird er regelmäßig[11]) durch Geben und Nehmen des herkömmlichen Miethgelds geschlossen, wobei nur der Unterschied besteht, daß dasselbe nach einigen Rechten auf den Lohn angerechnet wird[12]),

---

im Sachsenspiegel die ausgebildeten Rechtssätze, welche ganz übereinstimmend in den Stadtrechten wiederkehren. — Auch ist das freie Gesinde nicht, wie Bluntschli S. 520 meint, an die Stelle der absolut unterworfenen Sklaven getreten; lange Zeit hindurch giebt es freies Gesinde neben leibeignen Knechten.

[8]) Ueber dies Wort vgl. Grimm Rechtsalterthümer. Andere Namen: brotessen, ehehalt, ehalt; über das letzte Wort Grimm Wörterbuch III. S. 43 f.

[9]) In Preußen trat an Stelle der § 1—176 des Ldr. II. 5 die Gesindeordnung vom 8. Nov. 1810, in 176 Paragraphen, welche großentheils mit dem Landrecht übereinstimmen. Auf demselben beruht auch die Braunschw. Ges. O. v. 12. Okt. 1832. — Neuere Gesindeordnungen für Baden v. 18. Febr. 1868, für Bremen v. 25. Febr. 1868, für das Großherzogthum Hessen vom 28. Apr. 1877. — Ueber partikuläre Gesindeordnungen auch Haubold § 95, Hesse S. 47 N. 1, Heimbach § 117, Grefe II. § 99.

[10]) Münch. Stdtr. art. 209, Stadtr. v. Duberstadt (Gengler Stadtrechte S. 93), Ldr. v. Hadeln II. 20 (Pufendorf obs. I. p. 24), Lüneb. Ref. IX. tit. 2 (Pufend. IV. p. 797), Wildenbrucher Ldr. II. 6. § 22. — In manchen Städten vormede genannt, Francke-Frensdorff Stralsund. Verfestungsbuch S. LXXII. — Andere Stellen über das Miethgeld bei Haltaus S. 744, Walch Stadtrechte VII. S. 277 N., v. Jagemann die Daraufgabe 1873 S. 129 f. — In den neueren Partikularrechten gebräuchliche Namen bei v. Jagemann S. 5 f.

[11]) Vgl. auch v. Jagemann S. 131. Nach dem Zür. GB. § 443, dem Großherzogl. Hess. Ges. art. 2, 3 u. s. w. wird das Miethgeld nicht erfordert.

[12]) Z. B. Preuß. G. O. § 23, 25.

nach andern das Gesinde neben ihm auf den vollen Lohn Anspruch hat[13]). Das unmündige Gesinde bedarf zum Abschluß des Vertrages der Genehmigung des Vaters oder Vormunds, wovon jedoch auch Ausnahmen vorkommen (vgl. § 40 N. 55 f.).

Ueber die Zeit des Dienstantritts und die Zeit, für welche das Verhältniß gelten soll, entscheidet der Vertrag und in Ermangelung besonderer Verabredung Ortsgebrauch oder Gesetz.

An manchen Orten kann, wenn auch der Vertrag auf längere Zeit eingegangen wurde, jeder der beiden Contrahenten ihn kurze Zeit nach dem Dienstantritt wieder lösen. Auch gilt der Vertrag auf einen weiteren Zeitraum als verlängert, wenn er nicht vor Ablauf der kontraktmäßigen Zeit von einem Contrahenten gekündigt ist.

4. Weigert sich das Gesinde trotz des geschlossenen Vertrages den Dienst anzutreten, so ist es der Herrschaft zum Schadensersatz, resp. zur Zahlung einer Quote des verabredeten Lohns verpflichtet und außerdem straffällig[14]); auch kann es von der Obrigkeit durch Zwangsmittel zur Erfüllung des Vertrages angehalten werden. Verläßt es ohne rechtmäßigen Grund den Dienst, so treten ähnliche Folgen ein[15]). Nach einzelnen Rechten findet keine öffentliche Bestrafung statt, sondern verliert das Gesinde nur seinen Anspruch auf den rückständigen Lohn[16]). Nimmt der Herr das gemiethete Gesinde nicht in seinen Dienst oder entläßt er es ohne Grund vor Ablauf der Dienstzeit, so hat er ihm den vollen Lohn für die ganze Zeit und Entschädigung wegen der nicht geleisteten Kost und Wohnung zu zahlen[17]).

---

[13]) Z. B. Zür. GB. § 444, Haubold § 97. 2, 98. 1, Heimbach § 118 N. 2, Brückner § 861, Reyscher II. § 413 N. 6, Großherzogl. Hess. Ges. art. 3.

[14]) Stobbe Vertragsrecht S. 35, Löning Vertragsbruch I. S. 477 f., Sickel Vertragsbruch S. 101 ff., vgl. auch Gildemeister Beitr. z. Kenntn. des vaterländ. Rechts 1806 I. S. 122 ff. Ueber die strafbare Doppelvermiethung Löning S. 474 ff., Sickel S. 115 ff.

[15]) Stobbe S. 36 f., Löning S. 463 ff., 466 ff., Sickel S. 99 ff., 106 ff., Baumeister § 52 N. 6.

[16]) Haubold § 99 Zus. 6.

[17]) Stobbe S. 35, Löning S. 459 N. 2, Francke-Frensdorff Stralsunder Verfestungsbuch S. LXXI ff., Sickel S. 96 ff., Baumeister § 52, N. 4, 5.

Als rechtmäßige Gründe um das Gesinde auch vor dem Ende der Dienstzeit zu entlassen, sei es sofort sei es nach eingetretener Kündigung[18]), gelten Injurien oder böse Nachrede gegen die Herrschaft, beharrlicher Ungehorsam und Widerspenstigkeit, gegen die Herrschaft begangener Diebstahl oder Veruntreuung, Vernachlässigung des Dienstes, Unverträglichkeit mit dem Nebengesinde, Mangel an Geschicklichkeit in den zu prästirenden Leistungen, Schwangerschaft des weiblichen Gesindes u. s. w.[19]). Bei Krankheit des Gesindes darf die Herrschaft das Verhältniß nicht sofort lösen, sondern sie hat unter Umständen eine gewisse Zeit hindurch für seine Kur und Verpflegung zu sorgen und ihm den Lohn weiter zu zahlen[20]).

Das Gesinde darf vor beendeter Dienstzeit das Verhältniß aufheben und den bis dahin verdienten Lohn fordern wegen Mißhandlungen oder harter Behandlung von Seiten der Herrschaft, Verweigerung der nothwendigen Kost, schwerer Krankheit, nach älterm Recht auch, wenn es die Gelegenheit zur Verheirathung hat[21]) u. s. w.

---

[18]) Die weitere Detaillirung ist überflüssig.

[19]) Preuß. Gesinde-O. § 117 ff., Haubold § 100, Hesse S. 51 f., Steinacker S. 98, 100 ff. — Nach dem Münchener Stdtr. art. 142 brauchte die Herrschaft nicht genauer den Grund anzugeben; sie habe das Gesinde entlassen umb sogetan schuld, die sie nicht gern öffent angevaerd.

[20]) Preuß. Ges. O. § 86 ff., Haubold § 99 Zus. 5, Baumeister I. S. 358 f. u. A.; Zür. GB. § 459, 460, Schweiz. Entw. v. 1877 art. 332. — Vgl. auch Hamb. Statt. II. 9. 8. — Daß dem Gesinde kein Lohn zu zahlen sei, behauptet Strube Bed. III. 69; vgl. aber Hommel rh. 332 und die Partikularrechte.

[21]) Sachsensp. II. 33 Heirath oder Anfall einer Vormundschaft; vgl. auch Hamb. Stdtr. v. 1270 V. 4, VIII. 3, IX. 4; Lüb. (Hach) II. 177: Eintritt in den geistlichen Stand; Münch. Stdtr. art. 138: nicht ausreichende Kost; Grimm Weisth. III. S. 591 Abs. 3: schlechte Behandlung. — Andere mittelalterliche Bestimmungen citirt Löning S. 478 N. 29. — Im wesentlichen übereinstimmend die neueren Ordnungen Pr. Ldr. II. 5. § 132 ff., 146 ff., Gesinde-O. § 136 ff., 147 ff., Steinacker S. 101, 102, Hesse S. 52. — Nach der Preuß. Ges. O. § 54, 55 (vgl. auch Hommel rh. 64) ist Heirath nur für das weibliche Gesinde ein Grund, um vom Vertrage loszukommen und zwar auch nur, wenn es den Dienst noch nicht angetreten hat: es soll dann eine taugliche Person an seiner Statt stellen. Ueber den Fall der Verheirathung auch Gengler § 121 N. 19—21, Mittermaier § 294 N. 27, 28, Haubold § 100 N. e, Steinacker S. 98 f. — Zürich. GB. § 470 das Gesinde darf „auf je das nächste Ziel 6 Wochen

Der Konkurs der Dienstherrschaft giebt beiden Theilen das Kündigungsrecht[22]). Der Tod der Dienstherrschaft berechtigt die Erben den Contrakt aufzuheben; doch mußten sie nach älterm Recht das Gesinde mindestens noch 30 Tage (bis zum „Dreißigsten") bei sich behalten; ähnliches gilt auch nach neueren Rechten[23]). Der Tod des Gesindes hebt gleichfalls das Verhältniß auf und die Erben sind nicht verpflichtet oder berechtigt in dasselbe einzutreten.

5. Das Gesinde ist verpflichtet, seine Dienste innerhalb des Kreises, für welchen es gemiethet ist, und in dringenden Fällen auch darüber hinaus mit Sorgfalt zu leisten und sich in dieser Beziehung, sowie in seinem außerdienstlichen Verhalten den Anordnungen und Befehlen der Herrschaft zu unterwerfen[24]). Ihr an ein anderes Domizil zu folgen ist es nur verpflichtet, wenn dieselbe es nach beendeter Dienstzeit in seine Heimath zurückschicken will[25]).

Um das Gesinde zu seiner Pflicht anzuhalten oder wegen Vernachlässigungen zu bestrafen, hatte die Herrschaft früher ganz allgemein ein körperliches Züchtigungsrecht[26]). Auch noch einige neuere

---

zuvor kündigen, wenn der Dienstbote durch Heirath oder auf andere Weise zur Begründung eines eigenen Hauswesens vortheilhafte Gelegenheit erhält, die er durch Erfüllung der Dienstzeit versäumen würde".

[22]) Reichs-Konkurs-O. § 19.

[23]) Sachsensp. I. 22. § 2 und die Stellen bei Homeyer der Dreißigste 1864 S. 168. — Ueber die Bestimmung „bis zum Dreißigsten" Homeyer S. 211 ff.; sie gilt auch noch nach dem Sächs. GB. § 2249. — Daß der Tod der Herrschaft ein Aufhebungsgrund sei, wird regelmäßig auch in den neueren Partikularrechten anerkannt, z. B. Preuß. Ldr. § 101 ff., Steinacker S. 99, Zürich. GB. § 463, Schweiz. Obl. R. art. 347 u. s. w., und es entspricht dies auch durchaus den Intentionen des Gesindekontrakts. A. A. Gengler S. 422 N. 18.

[24]) Weil es in der Gewerbe-O. § 105 Abs. 2 heißt: „zum Arbeiten an Sonn- und Festtagen ist ..... Niemand verpflichtet", nimmt Danckwardt S. 247 N. 1 an, daß dies auch für die Dienstboten gelte, übersieht aber, daß die Gewerbeordnung ihre Bestimmungen nur für Gewerbegehülfen, Gesellen, Lehrlinge und Frabrikarbeiter trifft.

[25]) Preuß. Ldr. II. 5. § 137, 138, Haubold § 98 N. b. — Zür. GB. § 468: der Dienstbote kann den Dienst aufgeben, „wenn die Herrschaft außer Landes zieht oder denselben nöthigen will, längere Reisen in entferntere Gegenden mitzumachen".

[26]) Marculf II. 27 (Rozière I. no. 373) heißt es in einem Dienstvertrage: si exinde negligens aut tardus apparuero, licentiam habeatis sicut

Gesindeordnungen gestatten mäßige Züchtigungen[27]). Meistens aber hat die neuere Gesetzgebung dies Recht als mit der heutigen Stellung der Dienstboten unvereinbar beseitigt[28]). Dagegen erscheinen zu Folge der hausherrlichen Gewalt, welche der Dienstherrschaft zusteht, härtere Worte, welche sie bei Vernachlässigungen des Gesindes gegen dasselbe ausspricht, nicht gleich als Injurien[29]). Hausdiebstahl des Gesindes wird nur auf Antrag der Herrschaft bestraft[30]).

6. Das Gesinde hat Anspruch auf Lohn, (lidlohn), regelmäßig auch auf Kost und Wohnung. Ist kein Lohn verabredet[31]), aber nach der Natur der Verhältnisse nicht anzunehmen, daß der Dienst umsonst geleistet werden solle, so hat der Richter seine Höhe arbiträr festzustellen[32]). Die Forderung des Gesindelohns ist in mehrfacher Richtung privilegirt. Im Gegensatz gegen die sonstigen Regeln

---

et ceteros servientes vestros disciplinam corporalem imponere. — Die Herrschaft soll aber das Gesinde nicht mit gewaffneter Hand schlagen, nicht verwunden, lähmen, ihm keine Beinbrüche beibringen u. s. w. Kraut § 196 no. 6, no. 8—10, München. Stadtr. 206, Wiener R. v. 1221 § 31, Hamb. Stdtr v. 1270 VIII. 6, Statt. IV. 48, R. v. Riga VI. 11 (v. Napiersky S. 179), v. Mainz 1430 § 39 (Mone Ztschr. IV. S. 17); weitere Citate bei Sickel S. 104 N. 426; vgl. auch Strube Bed. III. no. 39, Hommel rh. no. 738 § 4, Steinacker S. 105 N. 2. — Gegen das Züchtigungsrecht Iglauer R., Tomaschek O. Hof S. 94 c. 157: „Eynen gedingeten knecht schol man nicht slahen, wanne verwarlust derselbe knecht icht seynem herren, das schol her ym gelten; vgl. auch Hagemann Erörter. VII. no. 7.

[27]) Sickel S. 106 N. 429; Erk. d. Reichsger. Straff. II. no. 4.

[28]) Mittermaier § 294 N. 11 ff.; Sickel S. 104: „meist nur dadurch, daß sie dieses Recht schweigend überging."

[29]) Preuß. Ldr. § 77, 78 und Ges. O. § 77, 78: geringe Thätlichkeiten oder Scheltworte der Herrschaft, welche durch das ungebürliche Betragen des Gesindes verletzt ist, sind nicht strafbar. — Haubold § 98 N. q und Zus. 2.

[30]) Münch. Stdtr. art. 64. — Nov. z. Str.GB. § 247.

Aus der hausherrlichen Gewalt ergab sich nach dem Recht des Mittelalters auch die Befugniß, unter Umständen Verletzungen zu verfolgen, welche ein Anderer gegen das Gesinde begangen hatte, Sachsensp. II. 34. § 1, Gosl. Statt. S. 43 Z. 36 ff., vgl. auch Deutschmann Klagengewere nach den sächs. Rechtsquellen des M. A. Berlin 1873 S. 9 f.

[31]) Sachsensp. I. 22. § 2: dienen uppe gnade; man will mit dem zufrieden sein, was man bekommt; Gosl. Statt. S. 9 Z. 39 f., S. 102 Z. 5 f.

[32]) Hamb. Statt. II. 9. 6, Förster II. § 138 N. 15, Haubold § 97 N. c, § 99 N. b, Seuffert XXI. no. 48, 49.

über den Beweis der Forderungen durfte nach älterm Recht der Knecht den Beweis führen, daß der Herr mit der Bezahlung im Rückstande sei, und die Forderung bis zu einer gewissen Höhe und für eine gewisse Zeit mit seinem Eide erhärten[33]); die Lohnforderung soll, sobald sie verdient ist, bezahlt und durch schnelle Exekution beigetrieben werden[34]). Gegenwärtig gehört sie im Konkurse zu den best gestellten Forderungen[35]).

Wegen des Schadens, welchen das Gesinde bei Ausübung seiner Dienstleistungen an seinem Vermögen oder an seinem Leibe erfährt, ist die Herrschaft nicht ersatzpflichtig[36]). Doch hat sie für das krank gewordene Gesinde zeitweise zu sorgen (oben N. 20). In beschränktem Maß steht die Herrschaft für den Schaden ein, welchen das Gesinde dritten Personen zufügt (vgl. unten § 201 N. 10 f., 13, 16). Für die Schulden des Gesindes[37]) kann der ihm noch nicht bezahlte

---

[33]) Stobbe Vertragsrecht S. 67 f., 96 ff., Homeyer Richtsteig S. 488, v. Meibom Pfandrecht S. 451 N. 26, S. 452 N. 31, Laband vermögensrechtl. Klagen S. 27 f., Löning S. 298, Tomaschek Oberhof S. 110 mit den Noten. Auch nach neuerm Rechte: Lüb. Statuten III. 1. 11, Hamb. Statt. I. 34 art. 14, Emminghaus S. 413 no. 22—24. — Umgekehrt ist nach dem C. civ. art. 1781 dem Dienstherrn zu glauben in Betreff der Höhe und Zahlung des Lohns für das verflossene Jahr und rücksichtlich der Abschlagszahlungen des laufenden Jahres.

[34]) Grimm Weisth. III. S. 315 § 26: das Gesinde soll auf die Bezahlung nur so lange warten, als men ethen und drinken entrathen kan; Brünn. Schöff. B. c. 174 Abs. 2: die vom Gericht zugesprochene Forderung soll eodem die sole splendente bezahlt werden, Münch. Stdtr. art. 137: an demselben Tage; Nürnb. Ref. 1522 XI. 7. — Der Knecht darf so viel vom Gut des Herrn veräußern, als dieser ihm Lohn schuldet, Lörsch und Schröder Urkk. no. 341 (300).

[35]) Sachsensp. I. 22. § 2 (die zuerst aus dem Nachlaß zu bezahlende Forderung), Nürnb. Ref. 1522 XI. 7, 1564 XI. 7, XXII. 8, Hamb. Statt. II. 5. 5, Const. Sax. I. 28, Emminghaus S. 413 no. 21, 25, Haubold § 99 Zus. 4, Steinacker S. 104 N. 4, S. 461 N. 4, Pufendorf obs. I. 104, 205, Sickel S. 168 ff. — Für ganz Deutschland nach der Konkurs O. § 54. 1. — Zürich. GB. § 456: privilegirtes Pfandrecht an den Mobilien der Dienstherrschaft.

[36]) Anders nach dem Recht des Mittelalters oben § 183 N. 18. — Vgl. auch R. v. Hadeln II. 21, Hamb. Statt. II. 9. 8.

[37]) Das Gesinde ist nach älterm Recht nur beschränkt verpflichtungsfähig kann sich nicht höher verpflichten als umb alz vil, alz er umb und an

Lohn beim Herrn in Anspruch genommen werden[38]). Schulden, welche es auf den Namen der Herrschaft, besonders beim Entnehmen von Waaren gemacht hat, sind für diese nur verbindlich, wenn sie Auftrag oder Vollmacht gegeben[39]) oder die entnommenen Sachen in ihren Nutzen verwendet hat[40]).

7. Bei Beendigung des Verhältnisses hat das Gesinde den Anspruch auf ein wahrheitsmäßiges Zeugniß; verschweigt die Herrschaft wider besseres Wissen grobe Fehler, so ist sie der nachfolgenden Herrschaft für den daraus erwachsenen Schaden ersatzpflichtig[41]).

8. Das Gesinde steht unter besonderer Aufsicht der Polizeibehörde; Streitigkeiten zwischen ihm und der Herrschaft gehören vor die Amtsgerichte[42]).

§ 188. Der Lehrlings-, Gesellen-, Gehülfen- und Arbeitervertrag.

I. Der Lehrlingsvertrag[1]).

1. Der Lehrlingsvertrag ist der zweiseitige Vertrag, nach welchem ein Gewerbtreibender (Kaufmann, Handwerker u. s. w.) verpflichtet ist, den Lehrling eine gewisse Zeit hindurch in einem be-

---

hat, Rechtsb. n. Dist. IV. 36. d. 7, so insbesondere beim Spiel, Purgoldt VIII. 58.

[38]) Sachsensp. II. 32. § 1. — Nach dem Reichsges. v. 21. Juni 1869 § 1 ist die Beschlagnahme nur zulässig, „nachdem die Leistung der Arbeiten und Dienste erfolgt und nachdem der Tag, an welchem die Vergütung gesetzlich, vertrags- oder gewohnheitsmäßig zu entrichten war, abgelaufen ist, ohne daß der Vergütungsberechtigte dieselbe eingefordert hat".

[39]) Kl. Kaiserr. II. 29.

[40]) Hamb. Statt. II. 9. 7, Schmidt Vorles. I. S. 456.

[41]) Preuß. Ldr. II. 5. § 174—176, Haubold § 99 N. d, Gengler § 121 N. 16.

[42]) Deutsches Gerichts-Verf. Ges. § 23.

[1]) Thöl I. § 81 (im Anschluß an die Entscheidungen des ROH.Gerichts über den kaufmännischen Lehrlingsvertrag), Zimmermann über d. kaufm. Lehrvertrag, in Busch Arch. XXIX. 1874 S. 36—53. — Sachse § 595 f., Steinacker § 81, Reyscher II. § 454. — Vgl. auch die Schrift von Schmoller (§ 187 N. 1). — Einzelnes zur Geschichte bei Gierke Genossenschaftsrecht I. S. 402 f., Sickel Vertragsbruch S. 121 ff., Stieda zur Entstehung des deutschen Zunftwesens 1877 S. 121 ff.

stimmten Gewerbe zu unterrichten, (zu diesem Zweck in sein Hauswesen aufzunehmen, ihm Kost und Wohnung zu geben) und über seine sittliche und intellektuelle Ausbildung zu wachen, und andererseits der Lehrling verpflichtet ist, mit Bezug auf das Gewerbe den Befehlen des Lehrherrn zu folgen, für ihn zu arbeiten und sich im übrigen seiner Hausordnung zu fügen[2]). Wenn auch regelmäßig dem Lehrherrn für die Unterweisung und die Aufnahme in das Hauswesen (Kost, Wohnung) vom Lehrling, seiner Familie oder dritten Personen eine Geldentschädigung (das Lehrgeld) gezahlt wird, so ist dieselbe doch nicht wesentlich[3]), ebenso wie auch andererseits das Wesen des Lehrvertrages dadurch nicht alterirt wird, wenn umgekehrt, mit Rücksicht auf den pekuniären Werth der Dienstleistungen, der Lehrherr dem Lehrling (etwa in der spätern Periode der Lehrzeit) Geld zahlt[4]).

2. Der Lehrvertrag ist kein einfacher Dienstvertrag; er nähert sich dadurch dem Gesindevertrage, daß der Lehrling Mitglied des Hauswesens wird und der Erziehungsgewalt und Aufsicht des Lehrherrn unterliegt, und unterscheidet sich vom Dienstvertrag auch noch dadurch, daß der Lehrling die Dienste, welche er verrichten soll, beim Lehrherrn erst zu erlernen hat[5]).

Abgesehen von den Bestimmungen des einzelnen Vertrages unterliegt das Rechtsverhältniß den Normen der Zunftordnungen und den Regeln, welche sich als Gewohnheitsrecht für die einzelnen Gewerbe ausgebildet haben. Die deutsche Gewerbeordnung § 115 bis 126 enthält einzelne Sätze, welche durch Partikularrecht oder

---

[2]) Beispiel eines Lehrvertrages aus dem Jahre 1273 bei Burmeister Wismar. Alterthümer S. 30.

[3]) Gewerbe O. § 115, Entsch. des ROH.Ger. IX. S. 279. — Nach den ältern Zunftordnungen war die Lehrzeit länger, wenn kein Lehrgeld bezahlt wurde, z. B. Preuß. Ldr. II. 8. § 312.

[4]) Gewerbe O. § 115. — Gewährt der Herr dem Lehrling während der Lehrzeit in ökonomischer und gewerblicher Beziehung eine so selbständige Stellung, wie sie sonst nur ein Gehülfe hat, so können auf dies Verhältniß die Grundsätze vom Lehrvertrage keine Anwendung finden, Seuffert XVIII. no. 3.

[5]) Nach Sächsischem Recht wird er als locatio conductio operis betrachtet; das vom Lehrherrn übernommene opus sei die Ausbildung des Lehrlings, Entsch. des ROH.Ger. XIV. S. 207; dadurch wird aber das Wesen des Vertrages nicht erschöpft.

Statuten ergänzt werden; dieselben gelten aber wesentlich nur für Handwerker, indem nach § 126 die meisten von ihnen auf die Lehrlinge der Apotheker und Kaufleute keine Anwendung finden sollen. Für die Lehrlinge der Kaufleute gelten zum Theil die Artikel 57 ff. des Handelsgesetzbuchs, welche von den Handlungsgehülfen (Handlungsdiener und Handlungslehrlinge) sprechen und durch Ortsgebrauch ergänzt werden sollen[6]).

3. Da Lehrlinge minderjährig zu sein pflegen, wird der Lehrvertrag von dem Gewerbtreibenden mit dem Vater oder dem Vormunde des Lehrlings abgeschlossen. Der Vater schließt ihn im eignen oder im Namen des Kindes, der Vormund in Vertretung des Mündels ab[7]). Lehrlinge unter 18 Jahren dürfen nicht solche Meister halten, welche wegen anderer als politischer Verbrechen den Vollgenuß der bürgerlichen Ehre verloren haben oder wegen Diebstahl oder Betrug verurtheilt worden sind[8]).

4. Auf den Lehrherrn geht das Erziehungsrecht und die Disciplinargewalt der Eltern über. Er hat „den Lehrling zur Arbeitsamkeit und zu guten Sitten anzuhalten und vor Lastern und Ausschweifungen zu bewahren"[9]). Ueber das Maß und die Art der zu fordernden Arbeiten bestehen gesetzliche Bestimmungen[10]); der Lehrherr darf auch in angemessenem Umfange häusliche Dienstleistungen fordern[11]). Zu Folge seiner Disciplinargewalt hat er ein mäßiges Züchtigungsrecht[12]); reichen seine Disciplinarmittel nicht hin, so kann er die Hülfe des Gerichts nach den Grundsätzen der jurisdictio voluntaria in Anspruch nehmen[13]).

---

[6]) Vgl. art. 57, 61. — In vielen Beziehungen ist das Recht der verschiedenen Arten von Lehrlingen gleichartig, woher die in der Praxis des Reichs-Oberhandelsgerichts aufgestellten Sätze zum Theil für den Lehrvertrag allgemein anwendbar sind.

[7]) Anm. zu Entsch. des ROH.Ger. II. S. 135 f. und XIV. S. 18.

[8]) Gew. O. § 116, 117 vgl. mit § 115.

[9]) Gew. O. § 118. — Preuß. Ldr. II. 8. § 293, 294.

[10]) Gew. O. § 105, 106.

[11]) Preuß. Ldr. II. 8. § 297, Gew. O. § 118.

[12]) Schwabensp. 185, 247[a, b]; Augsb. Stadtr. (Meyer) art. 111 S. 187; Preuß. Ldr. II. 8. § 298 ff. Weitere Citate bei Sickel S. 126 N. 509. — Gew. O. § 119 vgl. mit § 115 mit Rücksicht auf Lehrlinge unter 18 Jahren.

[13]) Entsch. des ROH.Ger. II. S. 134 ff.

5. Die einseitige Lösung des Verhältnisses[14]) von Seiten des Lehrlings, resp. Vaters oder Vormunds ist zulässig: a) bei Vernachlässigung der Pflicht des Lehrherrn oder Mißbrauch seines Zuchtrechts, in welchem letztern Fall er die Mehrkosten der anderweitigen Unterbringung des Lehrlings zu erstatten hat[15]); b) bei Uebergang des Lehrlings zu einem andern Gewerbe oder Beruf, in welchem Fall dem Lehrherrn der Betrag des Lehrgelds für ein weiteres Halbjahr zu entrichten ist[16]); c) wenn der Lehrherr oder Lehrling zur Erfüllung seiner Verpflichtungen unfähig wird, in welchem Fall pro rata der abgelaufenen Lehrzeit das Lehrgeld zu zahlen ist[17]).

Der Lehrherr kann den Vertrag einseitig lösen wegen Unbrauchbarkeit, Vergehen des Lehrlings, Auflehnung gegen den Lehrherrn u. s. w.; mit Ausnahme des Falls der Unfähigkeit zur Fortsetzung der Arbeit oder der Krankheit des Lehrlings hat der Herr den Anspruch auf das Lehrgeld noch für ein weiteres Halbjahr[18]).

Ferner wird der Vertrag hinfällig durch den Tod des Lehrlings oder Lehrherrn; auch in diesem Fall ist das Lehrgeld pro rata temporis zu entrichten[19]).

6. Wird der Vertrag von Seiten des Lehrherrn gebrochen, so ist er schadensersatzpflichtig[20]). Beim Contraktbruch von Seiten des Lehrlings oder seiner Angehörigen war nach älterm Recht, wenn der Lehrling nicht wieder zum Herrn zurückkehrte, das ganze Lehrgeld verfallen[21]) oder Schadensersatz zu leisten[22]) und trat überdies

---

[14]) Das HGB. art. 62 überläßt die Beurtheilung der Gründe dem richterlichen Ermessen.

[15]) Gew. O. § 121; vgl. auch Preuß. Ldr. II. 8. § 301, 302, über Handlungslehrlinge auch HGB. art. 63. — Münch. Stdtr. art. 139: der Herr soll ihm erstatten alles des er im schuldig wär und dem richter LXXII. dn.; Schwabensp. 247 b: der Herr söll das Lehrgeld zurückzahlen.

[16]) Gew. O. § 122.

[17]) Gew. O. § 123.

[18]) Preuß. Ldr. II. 8. § 315, 316, Gew. O. § 111, 120; vgl. auch noch § 123 Abs. 2, 3. — Ueber Handlungslehrlinge HGB. art. 64.

[19]) Gew. O. § 123. — Schwabensp. 247 b, Preuß. Ldr. II. 8. § 303—306.

[20]) Entsch. des ROH.Ger. VII. S. 277 ff.

[21]) Schwabensp. 247 b, Städtechroniken V. S. 125.

[22]) München. Stdtr. art. 139.

noch eine Strafe ein[23]). Nach neuerem Recht besteht kein Zwang auf Durchführung des Vertrages, sondern nur ein Anspruch auf Entschädigung[24]), wobei besonders auch in Rechnung zu ziehen ist, welchen Vortheil der Lehrherr in der spätern Periode der Lehrzeit von den Arbeitsleistungen des Lehrlings hätte haben können[25]).

7. Bei Beendigung des Verhältnisses kann der Lehrling vom Lehrherrn ein Zeugniß fordern[26]).

II. Gesellen- und Gehülfenvertrag[27]).

Der Gesellen- oder Gehülfenvertrag ist der Vertrag zwischen einer selbständig ein Gewerbe betreibenden Person (Meister, Handwerksmeister, Kaufmann) und dem ausgelernten Gesellen- oder Gehülfen, wonach dieser, regelmäßig gegen Lohn, dem Andern gewerbliche Dienste zu leisten verspricht. Während ursprünglich der Meister ein weitgehendes Herrschaftsrecht über den Gesellen oder Gehülfen hatte, gestaltete sich das Verhältniß später immer mehr zu einem bloßen Contraksverhältniß[28]). Gegenwärtig gehört der Geselle regelmäßig nicht mehr zum Hauswesen des Meisters und erhält von ihm bloß Lohn, nicht mehr wie früher auch Kost und Wohnung. An Stelle der alten Zunftordnungen entscheidet in Ermangelung vertragsmäßiger Verabredungen für Handwerker die Gewerbeordnnng § 109 ff., für Handlungsgehülfen das Handelsgesetzbuch art. 57 ff.

Gemäß der Umgestaltung des Gesellenverhältnisses in neuester

---

23) Sickel S. 127 ff.

24) Entsch. des ROH.Ger. IX. S. 279 ff., XIV. S. 207 f.; vgl. auch Gew. O. § 122. — Anderer Ansicht Zimmermann S. 44 ff., nach welchem zunächst auf Erfüllung und nur ausnahmsweise auf Entschädigung geklagt werden dürfe.

25) Goldschmidt Ztschr. XXI. S. 568 f., Entsch. des ROH.Ger. I. S. 33, XIV. S. 19 ff.

26) Gew. O. § 124.

27) v. Gerber § 182, Rösler Verwalt. Recht II. § 498—501, Reyscher II. § 455. — Geschichtliches bei Gierke I. S. 402 ff., Löning I. S. 462, 472 f., 475 ff., Sickel S. 123 ff., 129 ff., Stieda zur Entstehung des deutschen Zunftwesens. Jena 1877 S. 123 ff., Schanz zur Geschichte der deutschen Gesellenverbände 1877, besonders S. 108 ff.

28) Schanz S. 108 ff.

Zeit ist der Meister nicht mehr verpflichtet oder befugt, über das Betragen des Gesellen die Aufsicht zu führen[29]). Auch wo die Gesellen bei ihm wohnen, kann er von ihnen, anders als von den Lehrlingen keine häuslichen Dienste fordern[30]); dagegen sind sie in diesem Fall verpflichtet seinen häuslichen Einrichtungen Folge zu leisten[31]).

Ueber die Dauer des Verhältnisses und das Kündigungsrecht entscheidet der Vertrag; in dubio gilt für beide Theile bei Handwerkern eine vierzehntägige, bei Handlungsdienern eine sechswöchentliche Kündigungszeit[32]). Auch ohne Kündigung darf das Vertragsverhältniß einseitig aus wichtigen Gründen gelöst werden, so von Seiten des Herrn, wenn der Geselle sich des Diebstahls, einer Veruntreuung oder eines liederlichen Lebenswandels schuldig macht, seinen in Gemäßheit des Arbeitsvertrages ihm obliegenden Pflichten nicht nachkommt, sich Thätlichkeiten oder grobe Ehrverletzungen gegen den Arbeitgeber oder Mitglieder seiner Familie zu Schulden kommen läßt, zur Fortsetzung der Arbeit unfähig geworden ist u. s. w.[33]), von Seiten des Gesellen, wenn er zur Fortsetzung der Arbeit unfähig wird, der Arbeitgeber sich Thätlichkeiten oder grobe Ehrverletzungen[34]) gegen ihn zu Schulden kommen läßt, ihm nicht den schuldigen Lohn in bedungener Weise auszahlt u. s. w.[35]). Während nach älterm Recht der einseitige Rücktritt ohne rechtlich anerkannte Gründe nicht nur civilrechtliche Folgen hatte, sondern auch mit Strafe bedroht war[36]), ist gegenwärtig der Contraktbrüchige nur schadensersatzpflichtig[37]).

---

29) Wie das noch das Preuß. Ldr. II. 8. § 356 bestimmte.

30) Preuß. Ldr. II. 8. § 366, Gew. O. § 109.

31) Preuß. Ldr. II. 8. § 365, Gew. O. § 109.

32) Preuß. Ldr. II. 8. § 378, 385, Gew. O. § 110, HGB. art. 61.

33) Preuß. Ldr. II. 8. § 379—384, Gew. O. § 111.

34) Entsch. des ROH.Ger. IX. S. 310.

35) Preuß. Ldr. II. 8. § 388, Gew. O. § 112.

36) Strafe des Vertragsbruchs auf Seite des Meisters nur in älterer Zeit, Sickel 123 ff., auf Seite des Gesellen bis in die neuere Zeit Löning S. 472 f., 475 ff., Sickel S. 133 ff., Schanz S. 116 ff. Ueber die Strafe der Arbeitseinstellungen Sickel S. 130 ff.

37) Gew. O. § 154. — Ueber den Ersatz an den unrechtmäßig entlassenen Handlungsgehülfen Entsch. des ROH.Ger. II. S. 284 ff.

Die Lohnforderung hat ein Vorrecht im Konkurse[38]). Bei Beendigung des Dienstverhältnisses hat der Geselle oder Gehülfe Anspruch auf ein Zeugniß[39]).

III. Fabrikarbeitervertrag.

Während derselbe früher ursprünglich lediglich durch die konkreten Verabredungen geregelt wurde, hat sich mit ihm in neuerer Zeit die Gesetzgebung in verschiedenen Richtungen beschäftigt. Nach der allgemeinen Gewerbeordnung § 127 kommen für ihn im allgemeinen dieselben Bestimmungen, wie für den Gesellenvertrag zur Anwendung, und für die Bergwerksarbeiter[40]) enthält das jetzt im größten Theil Deutschlands geltende Preußische Berggesetz v. 24. Juni 1865 § 80 ff. im wesentlichen übereinstimmende Sätze. Außerdem trifft die Gewerbeordnung im öffentlichen Interesse eine Reihe von Vorschriften, welche gleichmäßig für Fabrikarbeiter und für Arbeiter von Bergwerken, Aufbereitungsanstalten und unterirdisch betriebenen Brüchen oder Gruben (§ 154) gelten sollen, über das Alter, von welchem ab jugendliche Arbeiter in Fabriken beschäftigt werden dürfen[41]), über deren tägliche Arbeitszeit[42]), über die Verpflichtung der Fabrikinhaber die Löhne in barem Gelde auszuzahlen, den Arbeitern keine Waren zu kreditiren, mit ihnen keine Verabredung über Entnehmung ihrer Bedürfnisse aus gewissen Verkaufsstellen zu treffen[43]) u. s. w. Ganz besonders mit Rücksicht auf die Fabrikarbeiter ist das allgemeiner lautende Reichsgesetz v. 21. Juni 1869 über das Verbot der Beschlagnahme des Arbeits- und Dienstlohns ergangen. Ueber die Verbindlichkeit zum Schadensersatz für die beim Betrieb von Bergwerken, Fabriken, Steinbrüchen und Grä-

---

[38]) Reichskonkurs O. § 54. 1. — Vgl. auch oben § 187 N. 33 ff.

[39]) Gew. O. § 113.

[40]) Ueber die Geschichte der rechtlichen Stellung der Bergbauarbeiter vgl. Sickel S. 141 ff.

[41]) Gew. O. § 128—131; ein älteres Preuß. Regulativ v. 9. März 1839, bestätigt durch Kab. O. v. 6. Apr. 1839, zum Theil abgeändert durch Ges. vom 16. Mai 1853.

[42]) Gew. O. § 128, 129.

[43]) Gew. O. § 134 ff. — Aehnlich Preuß. Berggesetz § 86—92. — Thöl I. § 83—85.

bereien herbeigeführten Tödtungen und Verletzungen (Reichsgesetz vom 7. Juni 1871) vgl. unten § 201 III 5.

IV. Besondere Grundsätze gelten für das Vertragsverhältniß der Schiffsmannschaft, welche in das Handelsrecht gehören[44]).

§ 189. Verlagsvertrag[1]).

1. Verlagsvertrag ist der Vertrag zwischen dem Autor oder Inhaber eines schriftstellerischen oder musikalischen Werks oder eines zur Vervielfältigung geeigneten Kunstwerks und dem Verlagsbuchhändler, dem Musikalien-Verleger oder Kunsthändler des Inhalts, daß jener sein Werk diesem zur Vervielfältigung und Verbreitung überläßt und dieser sich zur Vervielfältigung und Verbreitung verpflichtet. Wir sprechen im folgenden wesentlich nur von dem Ver-

---

[44]) HGB. art. 528—556, aufgehoben durch die Seemanns-Ordnung v. 27. Dez. 1872 (Reichs-GBl. S. 409—432). Einzelnes zur Geschichte Löning S. 460 N., 462 ff., Sickel S. 148 ff.

[1]) K. G. Rössig Handb. des Buchhandelsrechts systematisch dargestellt. Leipzig 1804. — Harum die gegenwärtige österr. Preßgesetzgebung. Wien. 1857 S. 148—165. — Osk. Wächter das Verlagsrecht mit Einschluß der Lehren von dem Verlagsvertrag und Nachdruck I. 1857, besonders § 21, derselbe das Autorrecht nach gemeinem deutschen Recht 1875 S. 107 f., v. Gerber in s. u. v. Ihering's Jahrbb. III. 1859 S. 358—398, besonders S. 380 ff., auch in s. jur. Abhh. S. 261—297, besonders S. 280 ff. — Klostermann das geistige Eigenthum I. 1867 (die 2. Ausg. v. 1871 ist eine durch einen Anhang vermehrte Titelausgabe) S. 293—372 (ihm scheint die Abhandlung v. Gerber's unbekannt geblieben zu sein); derselbe Urheberrecht 1876 S. 144 ff. — Petsch die gesetzlichen Bestimmungen über den Verlagsvertrag in den einzelnen deutschen Staaten sowie die darauf bezüglichen hervorragenderen Entwürfe und von der Wissenschaft aufgestellten Grundsätze 1870. — v. Gerber § 200, Walter § 320—323, Beseler § 230, Gengler Lehrbuch S. 524—541. — Endemann Handelsrecht § 173, Thöl § 207, vgl. auch Goldschmidt Handbuch 2. Aufl. I. S. 643 ff. — Reyscher II. § 451, Zachariä II. § 359[b], Förster II. § 134. — (Die Schrift von A. Schürmann die Usancen des deutschen Buchhandels und der ihm verwandten Geschäftszweige. Leipz. 1867 bezieht sich nicht auf den Verlagsvertrag, sondern auf das Verhältniß der Verleger zu den Sortimentern, Commissionären, dem Publikum u. s. w.). — Preuß. Ldr. I. 11. § 996—1021, Oestr. GB. § 1164—1171, Baden'sches GB. § 577[da]—[dh], Zürich. GB. § 1599—1614, Sächs. GB. § 1139 bis 1149, Schweiz. Obl. R. art. 372—391.

lagsvertrag über zu druckende Bücher, da für die Verträge über zu verlegende Musikalien oder zu vervielfältigende Kunstwerke im wesentlichen gleiche Grundsätze zur Anwendung kommen[2]). Weil dem Alterthum die unserer Zeit geläufigen Methoden zur Vervielfältigung von Schriftwerken, Musikalien und Kunstwerken unbekannt waren, fehlt es im Römischen Recht an direkt zu verwendenden Bestimmungen[3]); aber es besitzt auch kein verwandtes Vertragsverhältniß. Daher sind alle römischen Analogien zu verwerfen[4]).

Der Verlagsvertrag ist kein Kaufvertrag; weder ist die Honorarzahlung des Verlegers ein Essentiale des Geschäfts, noch wird an sich der Verleger Eigenthümer des ihm zur Vervielfältigung übergebenen Werks (Manuskript, Kunstwerk); vielmehr hat er dasselbe, nachdem es für die Vervielfältigung überflüssig geworden ist, dem andern Contrahenten zurück zu geben[5]). Wer das Werk kauft und sich von dem Verkäufer zugleich die Berechtigung der Vervielfältigung übertragen läßt, ohne seinerseits eine Verpflichtung zu übernehmen, hat einen Kauf, aber kein Verlagsgeschäft abgeschlossen[6]). — Der Verlagsvertrag ist kein Societätsvertrag; denn weder übernimmt an sich der Autor den aus dem Vertrag etwa sich ergebenden Verlust antheilsweise zu tragen, noch will an sich der Verleger den etwaigen Gewinn mit dem Autor theilen. Doch ist es möglich, daß die Contrahenten in Betreff des pekuniären Verhältnisses ähnliche Grundsätze, wie bei einer Societät eintreten lassen wollen; dann kann aber doch noch immer ein wahrer Verlagsvertrag bestehen, ebenso wie dann, wenn der Autor nicht bloß kein Honorar erhält, sondern selbst etwas für die Herstellung des Werkes zu zahlen übernimmt[7]). — Noch weniger befriedigt es, wenn man die Grund-

---

[2]) Preuß. Ldr. I. 11. § 997, Oestr. GB. § 1171, v. Gerber Abhh. S. 295.

[3]) Zusammenstellungen über römische Verlagsverhältnisse bei Klostermann geistiges Eigenthum I. S. 35 ff.

[4]) Vgl. über derartige Versuche und gegen dieselben Wächter Verlagsrecht S. 244 ff., 252 N. 1, Klostermann I. S. 305 ff., v. Gerber § 200 N. 1, Gengler Lehrbuch S. 525—529.

[5]) Wächter S. 253 N., 332 f. — Anders Baden'sches GB. 577 dd.

[6]) Wächter S. 222, 245, 339, v. Gerber Abhh. S. 283.

[7]) A. A. Förster § 134 a. A.

säße vom gemeinschaftlichen Eigenthum oder vom Mandat oder von der Miethe heranzieht, indem der Autor sein Werk vermiethe, damit der Verleger Gebrauch davon mache, oder indem der Verleger die Thätigkeit des Autors miethe. — Einen bloßen Namen gewinnt man, der überdies noch irre führt, wenn man den Verlagsvertrag für einen Innominatvertrag ausgiebt[8]). Denn wir haben keine Innominatverträge und die dafür erklärten Verträge sind Consensualverträge (oben § 166 II).

Vielmehr haben wir es mit einem eigenartigen, modernen Rechtsgeschäft zu thun, für welches gemeinrechtliche Grundsätze fehlen und welches, soweit es nicht in dem Partikularrecht normirt ist, nach den Gebräuchen und Intentionen beurtheilt werden muß, welche sich im Verkehr ausgebildet haben.

Von dem eigentlichen Verlagsvertrag sind solche Fälle zu unterscheiden, in welchen nicht beide Parteien die dem oben hingestellten Begriff entsprechenden Interessen haben, der Autor an der Vervielfältigung und Verbreitung resp. an der Zahlung des Honorars, der Verleger an dem Erwerb des Verlagsartikels, sondern das Interesse des Einen zurücktritt, so z. B. wenn der Verleger ein Werk erwirbt mit dem Recht, aber ohne die Pflicht der Vervielfältigung, oder wenn er einen Schriftsteller oder Künstler mit der Herstellung des Werks beauftragt und dieser lediglich als Lohnarbeiter des Verlegers erscheint[9]), oder wenn der Autor sein Werk dem Buchhändler nicht in Verlag giebt, sondern ihn mit der Vervielfältigung und Verbreitung beauftragt, wofür er vielleicht seinerseits ein Aequivalent zu leisten hat[10]). Dagegen liegt kein Grund zu der Annahme vor, daß dem Verlagsvertrag die Uebertragung des ausschließlichen Rechts der Vervielfältigung in bestimmtem Umfange wesentlich sei und daß nur ein uneigentlicher Verlagsvertrag vorliege, wenn der Verleger die

---

[8]) So noch Endemann 3. Aufl. N. 40 (2. Aufl. N. 6).

[9]) Preuß. Ldr. I. 11. § 1021, 1022, Oestr. GB. § 1170, Haubold § 435, Förster N. 20 ff., Wächter S. 221 N. 3, Klostermann S. 306 f. N. 1. — Natürlich kann das nicht in jedem Fall angenommen werden, wo die Initiative zur Entstehung und Herausgabe des Werks vom Verleger ausgegangen ist; vgl. darüber auch Klostermann S. 296 f.

[10]) Insbesondere auch wenn er ihm das Werk in sg. Commissionsverlag giebt, Wächter S. 220.

Befugniß der Vervielfältigung, aber kein ausschließliches Recht hat[11]), so daß Verträge über den Abdruck von alten Manuskripten, von Gesetzen[12]), über den Kupferstich eines Raphaelschen Bildes darum keine eigentlichen Verlagsverträge seien, weil der Verleger nicht gegen die Vervielfältigung desselben Werks von anderer Seite geschützt sei. Diese Auffassung würde zu der Consequenz führen, daß eigentliche Verlagsgeschäfte erst seit dem gesetzlichen Schutz gegen Nachdruck möglich seien. Vielmehr bleibt bei dem Verlagsvertrage die Frage außer Betracht, ob das zu reproducirende Werk auch von einem Andern vervielfältigt werden darf: der Schutz gegen den Nachdruck kommt zu Gunsten des Verlegers von außen hinzu, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen dafür vorhanden sind[13]).

Ebenso wenig ist der Verlagsvertrag eine Veräußerung des Verlagsrechts oder des Autorrechts[14]); denn der Autor braucht nicht sein Verfügungsrecht über die Verbreitung des Werks aufzugeben, behält vielmehr in vielen Fällen in mehr oder weniger beschränkter Weise auch noch weiter die Dispositionsbefugniß. Es geht durch einen Verlagsvertrag nicht sein Recht auf den Verleger über, sondern er konstituirt zu dessen Gunsten ein Recht[15]). Einen Verlagsvertrag

---

[11]) So besonders Wächter S. 219, 242 f., auch Klostermann S. 294 ff., auch bereits Zeiller bei Wächter S. 200 N. — Was für einen Werth hat diese Unterscheidung, wenn Wächter S. 243 selbst sagt: „Es gelten daher bei diesem letzteren Vertrag alle Grundsätze, welche im Folgenden in Beziehung auf den eigentlichen Verlagsvertrag ausgeführt werden, nur mit der Ausnahme und Abweichung, daß ein eigentliches Verlagsrecht nicht den Gegenstand des Vertrags bildet"? Vgl. auch S. 252 ff., 378.

[12]) Z. B. der Vertrag der Regierung über den Abdruck eines Gesetzes.

[13]) So mit Recht v. Gerber Abhandlungen S. 280 ff.: „der Schutz gegen Nachdruck ist eine äußerlich hinzutretende Begünstigung des Verlegers, welche auch eben so gut fehlen könnte, ohne daß deshalb das innere vertragsmäßige Verhältniß des Verlegers zum Autor juristisch irgend wie verändert würde."

[14]) So z. B. Bluntschli § 127. 2, Förster II. § 134 a. A., Zürich. GB. § 1603.

[15]) Gegen jene Ansicht v. Gerber S. 282, auch Klostermann S. 299. Aber dessen eigene Ansicht ist noch weniger zu billigen, S. 293: es werde „ein Nutzungsrecht an dem geistigen Eigenthum konstituirt"; Urheberrecht S. 145: es finde „eine Uebertragung eines dinglichen Rechts (!), des Verlagsrechts an den Verleger" statt, S. 149: es kehre bei Beendigung des Verlagsvertrages „das übertragene Verlagsrecht wieder an den Autor zurück".

kann nicht bloß der Autor oder sein Rechtsnachfolger[16]), sondern auch der bloße Inhaber eines Werks[17]) abschließen; auch wenn der Contrahent zur Disposition über das Werk gar nicht befugt ist, hört sein Vertrag darum nicht auf ein Verlagsvertrag zu sein.

2. Für die Form der Verlagsverträge war früher partikularrechtlich die Schriftlichkeit vorgeschrieben[18]). Da nach dem Handelsgesetzbuch (art. 272. 5) gewerbsmäßig betriebene Verlagsgeschäfte Handelsgeschäfte sind und deren Gültigkeit nicht durch die schriftliche Abfassung bedingt ist, hat jene Vorschrift ihre Bedeutung verloren.

3. Auf Grund des Verlagsvertrages hat der Verleger das Recht die Uebergabe des versprochenen Manuskripts zu fordern und das ihm übergebene Werk zu vervielfältigen[19]) und verbreiten; er kann weiter verlangen, daß der Autor nicht durch anderweitige Dispositionen über das Werk mit ihm in eine dem Vertrage zuwiderlaufende Konkurrenz trete[20]).

Der Autor hat ein Recht auf Vervielfältigung und Verbreitung; der Verleger kann sich nicht durch Zahlung des bedungenen Honorars von seinen Verlagsverpflichtungen befreien[21]). Er hat das Werk nicht bloß in der vertragsmäßigen Weise zu vervielfältigen, sondern auch in der gebräuchlichen und angemessenen Weise anzuzeigen, zu vertreiben und zu versenden[22]). Zum Makuliren des Artikels darf der Verleger nicht früher schreiten, als bis sich derselbe als nicht mehr gangbar erwiesen hat; er würde sich sonst der Gefahr aussetzen, auf Verlangen des Autors das Werk noch einmal drucken

---

[16]) Auf diese Personen beschränken mit Unrecht die Möglichkeit des Verlagsvertrages Wächter S. 251, Klostermann geist. Eigenthum S. 293, Zürich. GB. § 1599.

[17]) Unter den Gesetzen hebt dies allein das Sächsische § 1139 hervor.

[18]) Pr. Ldr. I. 11. § 998.

[19]) Klostermann I. S. 339 f. nennt dies Vervielfältigungsrecht ein dingliches Recht (!), weil der Verleger jeden Nachdrucker verfolgen könne.

[20]) Nicht ist es ihm untersagt, über dasselbe Thema ein anderes Werk bei einem anderen Verleger zu publiciren. Die Grenze zwischen erlaubter und unerlaubter derartiger Konkurrenz ist im konkreten Fall arbiträr zu ziehen.

[21]) Wächter S. 309 ff.

[22]) Es entscheidet darüber das Urtheil der Sachverständigen. — Eine solche Anzeigepflicht besteht nach dem Zürich. GB. § 1606 und dem Schweiz. Obl. R. art. 378; sie leugnet Seuffert IV. 246 (Lübeck).

zu müssen[23]). Geht das Manuskript beim Verleger unter und ist der Autor außer Stande ein neues Exemplar desselben zu liefern, so ist der Verleger allerdings von der Pflicht zur Vervielfältigung befreit, aber doch zur Zahlung des Honorars, falls ein solches verabredet ist, verpflichtet[24]).

Der Verleger darf nicht ohne Zustimmung des Autors, welcher ein besonderes Interesse haben kann gerade mit diesem Verleger in Geschäftsverbindung zu bleiben, seine Verpflichtungen auf einen andern Verleger übertragen, an den er den Verlagsartikel abträte[25]). Auch wenn der Verleger sein ganzes Verlagsgeschäft aufgiebt und auf eine andere Person überträgt, ist der Autor nicht verpflichtet, sich ohne weiteres an den Erwerber des Geschäfts zu halten; die Uebertragung ist für ihn nur auf Grund einer vorgängigen oder nachträglichen Zustimmung bindend[26]); ohne dieselbe ist ihm sein Contrahent noch weiter zur Erfüllung der Verbindlichkeiten verpflichtet[27]).

4. In welchem Umfange der Autor dem Verleger das Vervielfältigungsrecht übertragen habe, ist nach den getroffenen Verabredungen zu entscheiden, — ob nur für eine Auflage oder ganz und gar, und falls nur über eine Auflage kontrahirt ist, wie viel Exemplare angefertigt werden dürfen. Wenn der Vertrag nicht bestimmt, daß der Verleger das Vervielfältigungsrecht ganz unbegrenzt erworben habe, ist anzunehmen, daß sich der Vertrag nur auf eine Auflage bezieht[28]) und eine zweite Auflage den Gegenstand eines neuen Ver-

---

[23]) Wächter S. 352 f., Klostermann S. 362.

[24]) Zürich. GB. § 1612, Sächs. GB. § 1147, Schweiz. Obl. R. art. 387.

[25]) v. Gerber Abhh. S. 391 ff., Walter § 321, Gengler S. 536 f., Wächter S. 365 ff. — Anderer Ansicht Haubold § 434 N. k S. 120 und Klostermann geist. Eig. I. S. 335 ff., Urheberr. S. 147 f., welche die Uebertragung allgemein zulassen wollen.

[26]) v. Gerber S. 292 f. Anderer Ansicht Wächter S. 368, Bluntschli § 127. 5, Harum S. 153 und in Haimerl's östr. Vierteljs. Schr. XI. S. 278 f. Ich glaube nicht, daß der Vertragswille allgemein dahin geht, daß der Verleger mit Wirkung für den Autor sein Geschäft veräußern dürfe, und daß bei jedem Verlagsvertrage eine solche Bestimmung ohne weiteres hinzu zu denken sei.

[27]) Ueber den Verkauf der noch vorräthigen Exemplare an einen andern Buchhändler Wächter S. 370, v. Gerber S. 293 f.

[28]) Warum übrigens der Verleger, wenn er nur zu einer Auflage berechtigt

lagsvertrages bilden soll, bei welchem der Autor nicht mehr an seinen früheren Verleger gebunden ist[29]).

Ist über die Zahl der Exemplare einer Auflage nichts festgesetzt, so kann der Verleger sie beliebig hoch veranstalten[30]); andererseits hat der Autor ein Recht auf die Herstellung von mindestens soviel Exemplaren, als für den ordnungsmäßigen Vertrieb erforderlich sind[31]). Die Anfertigung von mehr Exemplaren, als vertragsmäßig gestattet ist, gilt als verbotener Nachdruck[32]).

Ist nur über eine Auflage kontrahirt, so kann der Autor die folgende bei einem andern Verleger erscheinen lassen, nachdem die Exemplare der früheren vergriffen sind oder nachdem er dem früheren Verleger die noch vorhandenen Exemplare abgekauft hat[33]). Von

---

ist, das Werk nicht stereotypiren lassen soll, — wie 1834 die Deputirten des deutschen Buchhandels beschlossen haben (Wächter S. 272) — ist nicht einzusehen. Warum soll der Verleger nicht Vorkehrungen treffen, um für den Fall, daß er das Recht zu ferneren Auflagen erhält, den Druck billiger bewerkstelligen zu können? Und bei der Vervielfältigung von Noten, Kupferstichen u. s. w. behält ja doch der Verleger die Platten.

[29]) Hommel rh. 750. § 10, Wächter S. 259 ff., Seuffert XXVI. 174. — Preuß. Ldr. § 1016, 1017, Baden'sches GB. 577[de], Sächs. GB. § 1142, Schweiz. Obl. R. art. 377. — Nach dem Preuß. Ldr. § 1013, 1014 und Oestr. GB. § 1167 bedarf es der Genehmigung des Autors zu einer neuen Auflage nur, wenn im Vertrage die Zahl der Exemplare bestimmt worden ist, Wächter S. 263 ff. Die Bestimmung des Preuß. Ldr. § 1015, daß wenn sich die Parteien über das Honorar für die neue Auflage nicht einigen können, „die Hälfte des für die erste Auflage gezahlten Honorarii zum Maßstabe dient", ist von dem Fall zu verstehen, daß dem Verleger das Recht der folgenden Auflagen eingeräumt ist, aber ohne Festsetzung des Honorars, Wächter S. 273 N. 34, Förster § 134 N. 55.

Irrig behauptet Klostermann S. 299, daß die Sätze des Preuß. und Oestr. GB. darum nicht mehr gelten, weil Verlagsgeschäfte jetzt Handelsgeschäfte seien und für diese nach Art. 1 des HG.Buchs die Handelsgebräuche vor dem bürgerlichen Recht zur Anwendung kommen. Denn er hat nicht nachgewiesen, daß sich in Preußen und Oestreich ein entgegenstehender Handelsgebrauch ausgebildet habe.

[30]) Baden'sches GB. 577[de], Schweiz. Obl. R. art. 377. — Nach Sächs. R. in dubio 1000 Exemplare, Haubold § 434 N. e, Sächs. GB. § 1142.

[31]) Schweiz. Obl. R. art. 377.

[32]) Reichsges. v. 11. Juni 1870 § 5 d; vgl. auch Haubold § 434 N. h, Wächter S. 295 ff.

[33]) Pr. Ldr. § 1018, 1019, Oestr. GB. § 1168, vgl. auch Schweiz. Obl. R. art. 375. Wann ist die Auflage vergriffen? Wächter S. 287 ff., Gerber S. 293 f.

diesem Prinzip gilt eine Ausnahme nach dem Reichsgesetz vom 11. Juni 1870 § 10: „Einzelne Aufsätze, Abhandlungen etc., welche in periodischen Werken, als Zeitschriften, Taschenbüchern, Kalendern etc.[34]) erschienen sind, darf der Urheber, falls nichts Anderes verabredet ist, auch ohne Einwilligung des Herausgebers oder Verlegers des Werkes, in welches dieselben aufgenommen sind, nach zwei Jahren vom Ablauf des Jahres des Erscheinens an gerechnet, anderweitig abdrucken"; und eine entsprechende Bestimmung enthält das Reichsgesetz v. 9. Jan. 1876 § 2 über Werke der bildenden Kunst, welche in periodischen Zeitschriften erschienen sind. Demgemäß hat aber nur der Autor das Recht des Wiederabdrucks. Würde ein Dritter einen solchen während der Schutzfrist des Werks veranstalten, so würde er ein Delikt begehen[35]).

Dem Wesen des Verlagsvertrages entspricht es, daß der Autor bei einer neuen Auflage Veränderungen und Verbesserungen vorzunehmen berechtigt ist und der Verleger nur dann vom Vertrage zurücktreten d. h. den Druck der neuen Auflage verweigern darf, wenn er nachweist, daß durch diese Aenderungen sein Interesse verletzt werde, z. B. daß das Werk einen zu großen Umfang erhalte und dadurch weniger verkäuflich werde; in diesem Fall darf der Autor die neue Auflage bei einem andern Verleger erscheinen lassen. Dagegen kann der Verleger den Autor nicht zu Aenderungen bei der neuen Auflage nöthigen, außer wo die Pflicht zur Bearbeitung vertragsmäßig feststeht[36]).

Der Verleger ist berechtigt das Werk in der festgesetzten Zahl von Exemplaren zu vervielfältigen und zu verbreiten. Geht also die Auflage oder eine größere Zahl von Exemplaren bei ihm durch Casus unter, so kann er dieselben noch einmal drucken, ohne daß für den Autor der Anspruch auf eine weitere Honorarzahlung entsteht[37]).

---

[34]) Dagegen nicht etwa auch Abhandlungen, welche in Sammelwerken, wie Encyklopädien, erschienen sind. Weiter ging das Baier. Nachdrucksgesetz v. 28. Juli 1865 art. 10 Abs. 3: „in Zeitschriften, Almanachen, lexikalischen oder andern Sammelwerken."

[35]) Dambach die Gesetzgebung des norddtsch. Bundes betr. das Urheberrecht. S. 108.

[36]) Harum östr. Preßgesetzgebung S. 159—161.

[37]) Sächs. GB. § 1148; warum wird dies aber nur für den Fall be-

5. Der Verleger hat ein Recht auf Lieferung des Manuskripts. Befreit wird der Autor, wenn er unverschuldet außer Stande ist, seine Verbindlichkeit zu erfüllen (z. B. Krankheit, veränderte Amtsverhältnisse)[38]; doch muß er in diesem Fall dem Verleger seine bereits gemachten Auslagen ersetzen[39]). Dasselbe gilt auch dann, wenn das Manuskript oder die für dasselbe erforderlichen Vorarbeiten bei dem Autor zu Grunde gingen und eine Wiederherstellung des Werks nicht ohne die größten Nachtheile für ihn möglich ist[40]). Bei seinem Tode geht die Verpflichtung nicht auf seine Erben über, außer wenn ein vollendetes oder in dem Maß fertiges Werk vorhanden ist, daß die Vollendung auch von einem Andern bewirkt werden kann[41]).

Der Verleger hat ein Recht auf kontraktmäßige Leistung und kann zurücktreten, wenn das Werk den Verabredungen nicht entspricht[42]). Er hat den Anspruch auf rechtzeitige Lieferung des Manuskripts. Ist über die Lieferungszeit nichts besonderes verabredet, so ist zur observanzmäßigen[43]) oder den Verhältnissen angemessenen[44]) Zeit zu liefern. Im Falle der Mora hat der Verleger die Klage auf Erfüllung[45]) und falls die Verurtheilung nicht zur Leistung führt, auf Schadensersatz, d. h. auf Zahlung der Summe, welche dem Verleger nach Wahrscheinlichkeit dadurch entgeht, daß er das be-

---

stimmt, daß das Werk „nach Beginn des Vertriebes" untergeht, da es doch auch gelten muß, wenn der Betrieb noch nicht begonnen hat? — Wie oben im Text: Schweiz. Obl. R. art. 388. — Dem Sächs. GB. grade entgegengesetzt soll dies nach dem Dresd. Entw. art. 670 nur gelten, „wenn der Untergang vor dem Beginne des Vertriebes, nicht aber wenn der Untergang nachher erfolgt", und dies vertritt auch Wächter S. 291, vgl. auch S. 344 f., 380.

[38]) Sächs. GB. § 1144, Schweiz. Obl. R. art. 389; Wächter S. 381.

[39]) Preuß. Ldr. § 1005, 1006.

[40]) Bedenkliche Detailbestimmungen im Zürich. GB. § 1612.

[41]) Zür. GB. § 1614, Schweiz. Obl. R. art. 389.

[42]) Pr. Ldr. § 1008, 1009.

[43]) Preuß. Ldr. § 1002 enthält die den gegenwärtigen Verhältnissen nicht entsprechende Vorschrift, es solle der Verleger das Werk noch auf die nächste Leipziger Messe bringen können.

[44]) Pr. Ldr. § 1003, 1004.

[45]) Die Klage auf Erfüllung leugnet Beseler § 230 N. 5.

treffende Werk nicht erscheinen lassen kann[46]). Besitzt der Beklagte ein vollkommen druckreifes Manuskript, so kann es ihm durch Exekutionsverfahren abgenommen werden. Hat sich der Autor für den Fall seiner Mora zu einer Conventionalstrafe verpflichtet, so darf er nicht nach Zahlung derselben vom Vertrage zurücktreten, sondern es kann ihm vom Gericht eine weitere Lieferungsfrist gesetzt werden[47]). Seine Mora giebt aber partikularrechtlich[48]) dem Verleger das Recht vom Vertrage zurückzutreten, und es ist dies allgemein dann anzunehmen, wenn derselbe wegen der Verzögerung kein Interesse mehr an der Lieferung des Werkes hat, z. B. wenn es sich um eine politische Broschüre über die neuesten Zeitereignisse, um einen schnell zu liefernden Commentar zu einem neuen Gesetz handelt u. s. w.

6. Der Autor hat das Recht auf Zahlung des ihm versprochenen Honorars. Fehlt es an einer Festsetzung über dasselbe, ist aber nach der Natur der Verhältnisse und des konkreten Falls die Annahme ausgeschlossen, daß keine Vergütung erfolgen sollte, so ist seine Höhe vom Richter nach dem Gutachten von Sachverständigen festzustellen[49]). Fehlt es an einer Zeitbestimmung für die Honorarzahlung, so hat sie zu erfolgen, wenn der Autor seine Verpflichtung erfüllt hat, d. h. das zu vervielfältigende Werk dem Verleger übergeben hat[50]). Doch gilt dies im allgemeinen nur da, wo für das Werk im Ganzen ein einheitlicher Honorarsatz verabredet ist, während wo das Honorar nach der Zahl der Bogen berechnet wird, es erst nach vollendeter Herstellung des Werks fällig wird[51]).

7. Die Rechte aus dem Verlagsvertrage gehen auf die Erben

---

[46]) Gerber Priv. R. § 200 N. 7—9, Wächter S. 334 ff., Harum S. 154 ff., 166 f., Klostermann S. 357 ff., Gengler S. 539—541. — Preuß. Ldr. § 1006, 1007, Oestr. GB. 1166, Zür. GB. § 1601.

[47]) Seuffert X. 246, 247.

[48]) Preuß. Ldr. § 1000, 1004, Oestr. GB. § 1166.

[49]) Sächs. GB. § 1143 vgl. mit § 820, Schweiz. Obl. R. art. 383. — Wächter S. 356 f. Dies ist wohl auch die Ansicht von Klostermann S. 301 ff.

[50]) Oestr. GB. 1165, Sächs. GB. 1143, mit Modifikationen Zürich. GB. 1609; anders Schweiz. Obl. R. art. 385, 386.

[51]) Die N. 50 angef. Stelle des Sächs. GB; Wächter S. 362 f.

des Autors über[52]); so lange das Werk gegen Nachdruck geschützt ist, haben sie die Rechte des Autors. Daher dürfen neue Auflagen, wenn sie von der Genehmigung des Autors abhängig sind, nicht ohne ihre Erlaubniß veranstaltet werden. Auch haben sie für dieselben den Anspruch auf das volle Honorar, selbst wenn der Verleger noch einen andern Schriftsteller mit der Revision oder Umarbeitung des Werks betraut[53]).

§ 190. Der Darlehensvertrag.

1. Das einfache Darlehen steht in Deutschland wesentlich unter den Römischen Grundsätzen, woher es nur der Hervorhebung einzelner Punkte bedarf. Abweichend vom Römischen Recht ist in der Gegenwart das Darlehn ein Consensualvertrag[1]): auch schon vor Hingabe der Summe besteht der Vertrag; wer das Darlehen versprochen hat, ist zur Zahlung verpflichtet und hat ein Recht auf seine Annahme von Seiten des andern Contrahenten. Diese letztere Berechtigung wird regelmäßig nur da hervortreten, wo er ein Interesse an der Annahme hat, d. h. beim verzinslichen Darlehen.

2. Die Grundsätze des gemeinen Rechts über die querela non numeratae pecuniae haben nur in beschränktem Umfange Geltung[2]).

---

[52]) Die entgegengesetzte Bestimmung des Preuß. Ldr. § 1020 ist durch § 6 des Ges. vom 11. Juni 1837, die des Oestr. GB. § 1169 durch § 13 des Oestr. Patents v. 19. Okt. 1846 aufgehoben. Die Bestimmung des Baden'schen GB. 577 dh („das Schrifteigenthum gedruckter Schriften erlöscht mit dem Tode des Eigenthümers, der sie in Verlag gab; jeder Besitzer der Schrift kann alsdann einen Nachdruck veranstalten, so weit nicht besondere Gnadenbriefe, die der Verleger hat, im Weg stehen") ist durch die für ganz Deutschland geltende Bestimmung des Reichsgesetzes vom 11. Juni 1870 § 3 beseitigt: „das Recht des Urhebers geht auf dessen Erben über." — Wächter S. 371 f., v. Gerber Priv. R. § 200 N. 11, Abhandl. S. 286 ff., Walter § 323, Gengler S. 537 bis 539. — Entsch. des Reichsger. IV no. 39.

[53]) Dahn in Behrend's Ztschr. f. Gesetzgebung und Rechtspflege V. 1871 S. 8 nimmt an, daß das Urheberrecht als höchst persönliches Recht mit dem Tode des Urhebers erlösche und daß die Erben keine Umarbeitungen an dem Manuskript vornehmen dürfen. Wer steht aber darauf, daß dies nicht geschieht?

[1]) Vgl. darüber oben § 166 N. 16.

[2]) Ueber ihre Bedeutung im Hypothekenrecht vgl. oben II. § 114 N. 3 u. 8.

Darüber, daß sie in unbilliger Weise den gewissenlosen Schuldner zum Nachtheil des Gläubigers schützen, kann gegenwärtig kein Streit sein[3]). Schon seit alter Zeit hat die Praxis sie einzuschränken gesucht und die Gesetzgebung an vielen Orten sie beseitigt, so daß ihnen nur noch ein geringes Anwendungsgebiet geblieben ist.

Zur Zeit der Reception haben die Gesetzgebungen die römischen Sätze theils aufgenommen[4]), theils aber auch willkürlich umgestaltet[5]), Ganz besonders hielt man den zweijährigen Zeitraum für zu groß und bestimmte, daß das Bekenntniß über das empfangene Darlehen nur innerhalb kürzerer Frist[6]) den Beweis nicht erbringe. Noch allgemeiner war die Opposition dagegen, daß nach Ablauf von 2 Jahren oder von dem sonstigen partikulär bestimmten Zeitraum das Empfangsbekenntniß einen absoluten Beweis ohne Möglichkeit des Gegenbeweises liefern solle. Fast einstimmig ließ die Praxis trotz der römischen Bestimmungen den Gegenbeweis zu[7])

---

[3]) Suarez Schlußrevision S. 20, S. 22: „die ganze Römische Theorie ist eine Schlinge, welcher der Wucherer, wie die tägliche Erfahrung lehrt, ohne Mühe entwischt, und womit nur der gerade unbefangene Mann, der sich auf seinen Brief und Siegel verläßt, ohne von solchen, dieselben entkräftenden Subtilitäten etwas zu wissen, von einem arglistigen und betrügerischen Schuldner nur allzu leicht berückt werden kann."

[4]) Z. B. Jül. Berg. Lbr. c. 104. § 2, 3 Wildenbr. Lbr. II. 8. § 16, 17 (Maurenbrecher I. S. 288, II. S. 409).

[5]) Wormser Ref. III. 2. Tit. 16: ein Jahr inter praesentes, zwei Jahre inter absentes, und auch sonst noch manche abweichende Bestimmungen. — Einen ganz andern Inhalt haben die Hamburg. Statt. I. Tit. 24 (vgl. Baumeister I. S. 363 f.): der Schuldner hat diese Einrede nicht, sondern er muß zahlen. Aber er hat das Recht der Widerklage (so auch Hamb. Einf. Ges. § 34 zum HGBuch). Stellt er diese Klage binnen 2 Jahren an, so muß der Gläubiger als Widerbeklagter die Hingabe des Dahrlehns beweisen; klagt er später, so hat er (der widerklagende Debitor) den Nicht-Empfang des Geldes zu beweisen. — Nach dem Hannov. Justizregl. v. 1718 § 5, 6 (Grefe II. S. 392 f.; vgl. auch Bülow und Hagemann I. no. 2) wird die Frist von 2 Jahren auf 3 Monate herabgesetzt; aber auch in dieser Zeit soll der Schuldner die Einrede beweisen.

[6]) 60 Tage Kurh. G. v. 20. Dez. 1840, Waldeck. G. v. 2. Juni 1845 § 2. — 30 Tage Hann. Proz. O. v. 1850 § 342.

[7]) Nachweise bei Windscheid § 372 N. 9; ferner Pufend. obs. I. 64. § 3 und die dortigen Citate, Suarez Schlußrevision S. 21, Heise und Cropp I. S. 380 N. 87, S. 385 f. — Entsch. des ROHGer. IV. S. 396 f.: „der

und in diesem Sinne haben auch einzelne Gesetze bestimmt[8]). Eine Reihe von Partikularrechten aber hat das gemeine Recht in dieser Lehre ganz beseitigt[9]) und für die exceptio die allgemeinen Beweisregeln wieder eingeführt[10]): der Schuldschein beweist sofort die Hingabe des Darlehens; der Aussteller des Schuldscheins, welcher behauptet das Geld nicht empfangen zu haben, muß diese Behauptung immer, auch innerhalb der zwei Jahre nach der Ausstellung beweisen; der Schuldschein liefert niemals (nicht nach Verlauf von 2 Jahren) absoluten Beweis zu Gunsten des Gläubigers, sondern der Schuldner hat immer das Recht des Gegenbeweises. Allgemein bestimmt für das Gebiet des Handelsrechts das Handelsgesetzbuch art. 295: „die Beweiskraft eines Schuldscheins oder einer Quittung ist an den Ablauf einer Zeitfrist nicht gebunden"[11]), ohne aber im übrigen zu sagen, welche Beweiskraft sie haben, so daß, wo noch durch die Urkunde nach Ablauf einer bestimmten Zeit ein absoluter Beweis hergestellt wird, dies auch fernerhin gilt[12]).

Ohne jede Beschränkung auf Handelsgeschäfte enthält den gleichen Satz mit denselben Worten § 17 des Einführungsgesetzes zur Reichs-Civilprozeßordnung.

3. Besondere Grundsätze gelten für das verzinsliche Dar-

Gerichtshof trägt kein Bedenken dieser Praxis zu folgen", welche Worte auch Thöl § 296 N. 4 wiederholt. Abweichende Praxis angeführt bei Bähr Anerkennung (2. Aufl.) S. 270 N. 3.

[8]) Hamb. Statt. I. 24, Hannov. Proz. O. v. 1850 § 342.

[9]) Ueber die entsprechende Neigung der Kaufleute Endemann in Goldschmidt's Ztschr. V. S. 395 f.

[10]) Aeltere Sächs. Gess. Haubold § 292[a]. N. c, d, Preuß. Ldr. I. 11. § 732—735 (Suarez Schlußrevision S. 20 ff., Förster II. § 137 N. 47 ff.), Zür. GB. § 1117, Meckl. Ges. v. 17. März 1838, Weimar'sches G. v. 6. März 1839, G. f. Meiningen v. 4. Juni 1844, f. Waldeck v. 2. Juni 1845 § 2 (über andere thüring. Staaten Heimbach § 249 N. 1), f. Baiern v. 26. März 1859, Braunschweig v. 27. Mai 1865; über Nassau Bertram § 355. Stillschweigend ist die exc. n. n. p. beseitigt im Oestr. GB. (vgl. § 1001), im Code und im Sächs. GB. (Schmidt I. S. 421 ff.).

In Betreff der Quittungen vgl. z. B. Preuß. Ldr. I. 16. § 104 ff., Hannov. Proz. O. § 342, Zürich. GB. § 1046, 1047.

[11]) Vgl. v. Hahn Commentar zu diesem Artikel, wo die Bestimmungen der Einführungsgesetze zusammengestellt sind.

[12]) Vgl. auch Seuffert XXVIII. 51.

lehen[13]). Während nach Römischem Recht Zinsen in einem besondern Contrakt versprochen werden mußten, da das Darlehen ein streng einseitiger Realvertrag war, bildet gegenwärtig der Darlehensvertrag in welchem der Darlehensempfänger nicht bloß die Rückgabe des Kapitals, sondern auch Zinsen verspricht, einen einheitlichen Vertrag.

In Betreff der Höhe der erlaubten Zinsen haben die Grundsätze zu den verschiedenen Zeiten außerordentlich geschwankt. Doch bedarf es keines detaillirten Eingehens auf die Geschichte der Zinsbeschränkungen, weil sie in der Gegenwart fast ganz ihre Bedeutung eingebüßt haben.

Wenngleich die Kirche das Zinsennehmen, den Wucher[14]) verbot, so ließ sich doch dies aus ethischen Motiven entsprungene Rechtsgebot den wirthschaftlichen Bedürfnissen gegenüber nicht durchführen[15]). Daher sollte es nur für christliche Gläubiger gelten, dagegen den Juden gestattet sein Zinsen zu nehmen[16]). Die Höhe der jüdischen Zinsen blieb entweder dem Belieben der Contrahenten überlassen oder wurde durch Gesetze bestimmt, welche regelmäßig

---

[13]) Ueber die Geschichte der Wucherverbote: Max Neumann Gesch. des Wuchers in Deutschland bis zur Begründung der heutigen Zinsengesetze. Halle 1865 (viel Material, aber ohne sichere Methode und ohne Uebersichtlichkeit). — Endemann Studien in der Romanisch-kanonistischen Wirthschafts- und Rechtslehre bis gegen Ende des 16. Jahrh. I. Berl. 1874, besonders S. 9 bis 71. — F. X. Funk Geschichte des kirchl. Zinsverbotes 1876 (Tüb. akad. Programm. Vgl. darüber Ztschr. f. d. ges. Staatswiss. XXXII. S. 573—582 und Brinz in d. krit. Viertelj. Schr. XVIII. S. 566—569). — J. J. Amiet die franz. und lombard. Geldwucherer des M. A., namentlich in d. Schweiz. Zürich. 1877.

[14]) Wucher bedeutet an sich Zinsen, fructus; erst später bezeichnet es übermäßige Zinsen, Müller-Benecke Wörterbuch III. S. 452 f.

[15]) Vielfach wird behauptet, z. B. von Arnold Grundeigenthum in den deutschen Städten S. 92 ff., daß die kanonischen Zinsverbote nur der rechtliche Ausdruck der wirthschaftlichen Zustände des Mittelalters seien. Indessen liefern die Bestimmungen über den Judenwucher und die vielen Umgehungen der Zinsverbote im Leben den deutlichen Beweis, daß die wirthschaftlichen Zustände das zinsbare Darlehen nicht entbehren konnten. Arnold S. 94 sagt: „Wenn in der That ein inneres Bedürfniß das Darlehn nöthig gemacht hätte, würden die Gesetze nimmer im Stande gewesen sein, es zu unterdrücken." Nun! die ganze Geschichte beweist, daß es in der That auch nicht unterdrückt worden ist. — Vgl. auch Neumann S. 514 ff. N.

[16]) Ueber den jüdischen Wucher vgl. oben I. § 46. IV., Stobbe Juden im M. A. S. 105 ff., 233 ff.

einen sehr hohen Procentsatz gestatteten. Das Verbot der usurae usurarum wurde vielfach nicht berücksichtigt[17]). Der Versuch der Reichspolizeiordnung v. 1530 Tit. 27 den Wucher der Juden ganz zu verbieten, erwies sich als erfolglos; in der R. Pol. Ordnung von 1577 Tit. 20 § 6 und 7 wurde ihnen wieder das Nehmen von 5 Procent gestattet[18]).

Indessen sind auch von christlichen Gläubigern thatsächlich sehr häufig Zinsen genommen worden und zwar nicht bloß von italienischen Bankiers (den Lombarden), welche in Deutschland Handlungsniederlassungen hatten und in dieser Beziehung privilegirt waren, oder von den noch immer räthselhaften Cauwercini oder Gawertschen[19]), sondern auch von angesehenen Personen, Erzbischöfen, Klerikern überhaupt, Personen von hohem Adel, Bürgern[20]). Die verschiedensten Operationen wurden zur Verdeckung des Wuchers unternommen: wenn Städte Geld auf Zinsen nahmen, schloß man das Geschäft als Rentenkauf ab und legte den Zins auf den gesammten Grundbesitz der Stadt. Oder man bestimmte einen nahen Termin für die Rückgabe des Kapitals und ließ sich für den Fall der mora Verzugszinsen versprechen, auf die es dem Gläubiger eigentlich allein ankam[21]). Alle Versuche der Gesetzgebung dagegen anzukämpfen[22]) waren vergeblich.

---

17) Stobbe Juden S. 110.

18) Samml. d. Reichsabsch. II. S. 342, 390.

19) Ueber sie Stobbe Juden S. 113, 238, Amiet S. 12 ff.; gewöhnlich werden sie für Kaufleute aus Cahors erklärt.

20) Als Schuldner erscheinen Landesherrn, Städte, Privatpersonen. — Eine Anzahl von Belegen bei Neumann S. 513 ff., auch bei Böhlau Meckl. Landr. I. S. 82 N. 13. — Vergl. außer den dortigen Beispielen Strals. Stadtbuch (Fabricius S. 34 no. 267. a. 1287): die Stadt Uckermünde verschreibt ihren Gläubigern den neunten Theil des Kapitals als jährlichen Zins. — Verschreibungen der Stadt Berlin zu 10 Procent aus dem Anfang des 15. Jahrh. bei Fidicin Stadtbuch v. Berlin. I. S. 221. — Ueber Basel und Freiburg Amiet S. 140, 195.

21) In Breslau kaufte die Stadt öfter, um augenblicklich zu Geld zu kommen, einen Waarenposten gegen Kredit für einen Preis über den Werth und ließ ihn dann verkaufen. Die Differenz zwischen dem Einkaufspreis und dem wahren Werth vertritt hier die Stelle der Zinsen; C. D. Siles. III. p. 20. N. 5, p. 24.

22) Z. B. Thomas I. S. 511 f., 513 f., v. Wächter I. S. 502 ff. —

Besonders seit dem Ende des 15. Jahrhunderts wurden immer häufiger Zinsen versprochen[23]) und wenn auch noch die Reformatoren selbst sich gegen das Zinsennehmen erklärten[24]), so entwickelte sich doch mit der Reception des Römischen Rechts und nach der Reformation, welche die Autorität des kanonischen Rechts untergrub, immer mehr eine dem Zinsversprechen günstige Auffassung[25]).

Justinian gestattet allgemein 6 Procent; die deutsche Reichsgesetzgebung hatte 5 Procent für den Rentenkauf und für jüdische Darlehn erlaubt[26]) und ebenso 5 Procent als Maß für die Verzugszinsen bestimmt[27]), aber niemals im 16. Jahrhundert ausdrücklich Conventionalzinsen gestattet. Nach dem jüngsten Reichsabschied von 1654 § 174 dürfen 5 Procent Darlehnszinsen genommen werden, so daß erst mit diesem Jahr das zinsbare Darlehn reichsgesetzlich gestattet ist[28]).

Obgleich unzweifelhaft 5 Procent als reichsgesetzliches Maximum gelten müssen, glaubte man doch, nachdem einmal Zinsen erlaubt waren[29]), auch auf das Römische Recht zurückgehen zu dürfen; so

---

Man bestimmte z. B., die gezahlten Zinsen sollten zurückgezahlt, resp. auf das Kapital abgerechnet werden, Schwsp. 305, Glog. Rechtsb. c. 327, Syst. Schöffenr. III. 2. 12; vgl. auch Purgoldt VIII. 52—54.

[23]) Vgl. Neumann S. 524 ff., v. Wächter I. S. 495.

[24]) Ueber sie Neumann S. 479. Erst Calvin tritt gegen die kanonischen Wucherbestimmungen auf, S. 492 ff. Den größten Einfluß in ihrer Bekämpfung hatte Salmasius, S. 500 ff.; vgl. auch Endemann Studien a. a. O.

[25]) Purgoldt VIII. 52: an manchen Orten beobachte man das kanonische Gebot; aber hier sei das nicht Gewohnheit. — v. Gerber § 187 N. 8 sagt: „das Dahrlehnsgeschäft mit Zinsversprechen ist gewissermaßen als ein verfeinerter Rentenkauf auf deutschem Boden wieder primitiv entstanden". Für das einfache verzinsliche Darlehen kann ich das nicht zugeben; denn es hat jeder Zeit als jüdisches Darlehn bestanden. Aber für das verzinsliche hypothekarische Darlehn ist die Bemerkung vollkommen richtig.

[26]) Reichs-Pol.O. v. 1577 XVII. § 9, XX. § 6.

[27]) Dep. Abschied v. 1600 § 139.

[28]) Ueber die Bestimmung des J. R. A. Neumann S. 555 ff.

[29]) Ganz verboten sind Zinsen noch in der Nürnb. Ref. von 1522 XXII. c. 3 (c. 4 selbst für die Juden), Kurköln. Ref. von 1538 (Maurenbrecher Prov. Rechte I. S. 379), Jül. Berg. Ldr. v. 1564 c. 104 § 5—7, Solms. LO. v. 1571 II. 2. § 10, Württ. Ldr. v. 1610 (vgl. darüber v. Wächter I. S. 495 ff.).

Einen recht merkwürdigen Uebergang zeigt die Frankf. R. von 1611: II. 11. § 3, 9 verbietet direkt das Zinsennehmen, giebt aber gleich darauf § 10

schwankten die Partikularrechte zwischen fünf[30]) und sechs Procent[31]). Ganz besonders war man geneigt den Kaufleuten, denen ja auch das Römische Recht 8 Procent erlaubt hatte, mehr als 5 Procent zu gestatten[32]); auch erhielten koncessionirte Pfandleih-

---

und 11 zu, daß 5 Procent versprochen werden dürfen; sind höhere Zinsen versprochen, so soll auf sie nicht erkannt werden; sind sie bezahlt, so dürfen sie nicht zurückgefordert werden. — Interessant ist eine Aeußerung Fichard's, des Redaktors der Frankf. Ref. v. 1578, in s. Consilia I. no. 29 vom Jahre 1566: Zinsen können gefordert werden nomine interesse pro damno, quod saltem ob lucrum cessans propessus est; usurae lucratoriae im Gegensatz der compensatoriae seien nach jedem Recht verboten.

[30]) Zürich seit 1529 (Bluntschli II. S. 263), Sächs. Gesetzgebung seit 1550 (Haubold § 269[b], Schletter Kursächs. Constitt. S. 283 ff.), Altenburg (Hesse S. 99), Nürnb. Ref. v. 1564. XIII 3, Hessische VO. v. 1573 (Bopp II. S. 18), Lüneb. Ref. II. Tit. 7 § 3, II. Tit. 11, Ldr. v. Hadeln von 1580 (Pufend. obs. I. p. 29 f.; für die nächsten 3 Jahre sollen noch 6 Procent erlaubt sein), Basel 1590 (Rechtsq. von Basel no. 296), Frankf. Ref. v. 1611 II. 11. § 10 (vgl. N. 29), Würt. Recht von 1660 (v. Wächter I. S. 499, Reyscher II. § 404), Trierer Ldr. v. 1713. XIV. § 1, Preuß. Ldr. I. 11. § 804. Vgl. auch Neumann S. 545 ff.; über die Praxis des Reichskammergerichts daselbst S. 551 ff.

[31]) Lauenb. Stdr. von 1599 III. 2, Hamb. Statt. von 1603 I. 20. § 2, II. 1. § 4, in Schlesw. Holstein bis 1815 (Paulsen § 96, v. Stemann II. S. 277, 392), Wildenb. Ldr. v. 1607 II. 8. § 9, Braunschw. VO. v. 1617 (Steinacker S. 254), Praxis im Jülich'schen (Maurenbrecher I. S. 289 N. 115), Würtemb. G. v. 1836 (v. Wächter I. S. 1009 f.), Baden'sches Landr. 1907[ab] (der gesetzliche Zinsfuß ist 5 Procent, aber erlaubt sind auch 6 Procent), Publ. VO. v. 2. Jan. 1863 § 4, 5 zum Sächs. GB., Oestr. GB. § 994. — In Mecklenburg im 16. Jahrh. 5 oder 6 Procent. — Nach der Dithmars. LO. von 1540 (Michelsen S. 185) $6^2/_3$ Procent.

Bisweilen wird ein Minimum festgesetzt: Zürich. Bestimmung v. 1675, daß Geld nicht unter 5 Procent geliehen werden soll; sie kam bald außer Uebung, Bluntschli Zür. R.G. II. S. 263.

In Braunschweig wurde der Zinsfuß nach der reichsgesetzlichen Bestimmung auf 5 Procent herabgesetzt, Steinacker S. 255 N. 2.

[32]) Besonders 6 Procent z. B. Zürich im Jahre 1653 (Bluntschli II. S. 263), Braunschweig Steinacker S. 255 N. 2, Würtemberg im Jahre 1798 (v. Wächter I. S. 500), Oestr. GB. § 995, Baden'sches Ldr. 1907[a], Preuß. Ldr. I. 11. § 805, 806 (für Kaufleute 6 Procent, für Juden 8, für jüdische Kaufleute, welche die Rechte christlicher Kaufleute haben, nur 6 Procent. Durch die Deklaration vom 20. April 1813 ist bestimmt, daß Juden jetzt den Christen in Rücksicht auf den Zinsfuß gleichstehen), über Baiern Seuffert XI. 24. — Für Wechselschulden Haubold § 269[b] N. b. — Wenn Großkauf-

anstalten in dieser Beziehung besondere Privilegien[33]) oder es wurden für kleinere Darlehen auf kurze Zeit höhere Zinsen erlaubt[34]). Auch wurde vielfach bestimmt, daß wenn mehr als 5 Prozent versprochen seien, freilich nur auf 5 Procent erkannt, aber das gezahlte Plus, insbesondere der gezahlte sechste Zinsthaler nicht zurückgefordert werden solle[35]).

Schon längst hatte es sich erwiesen, daß weder die strafrechtlichen noch die civilrechtlichen Wucherverbote mit Erfolg durchzuführen seien. So wurden sie denn durch das Handelsgesetzbuch für das Gebiet des Handelsrechts aufgehoben; art. 292: „bei Darlehen, welche ein Kaufmann empfängt und bei Schulden eines Kaufmanns aus seinen Handelsgeschäften können auch höhere Zinsen als sechs vom Hundert jährlich bedungen werden." Ueberdies wurden theils schon vor dem Handelsgesetzbuch, theils nach demselben die Wucherverbote durch Partikularrechte beseitigt[36]). Allgemein erfolgte ihre Aufhebung für

---

leute ohne besondere Sicherheit ein Dahrlehn auf eine Zeit nicht über 6 Monat erhalten, unterliegt nach dem Preuß. Ldr. II. 8. § 692 der Zinsfuß dem Belieben der Contrahenten.

Dafür, daß Kaufleute keine höheren Zinsen nehmen dürfen, Strube Bed. V. no. 137, Senffert XI. 24 (Wiesbaden).

[33]) Z. B. Preuß. Pfand- und Leih-Reglem. v. 31. März 1787 § 90 ff., Kab.-Ord. v. 28. Juni 1826 § 7, Baumeister I. S. 293 N. 11, Steinacker S. 254, 274 u. s. w.

[34]) Z. B. Sächs. Publik. VO. v. 2. Jan. 1863 § 4 zum Sächs. GB.

[35]) Nürnb. Ref. 1564 XIII. 3, Frankf. Ref. II. 11. § 11, Lüneb. Ref. II. 11. § 5, Thomas III. S. 4 f.; dagegen kann er zurückgefordert werden nach einem Württemb. G. v. 1798 (b. Wächter I. S. 500), Sächs. GB. § 684 (vgl. auch Haubold § 269[b] Zus. 3); Literaturangaben über den sechsten Zinsthaler bei Beseler § 109 N. 11.

[36]) Vgl. besonders Goldschmidt Gutachten über die Aufhebung der Wuchergesetze, in den Verhandlungen des 6ten deutschen Juristentages 1865 S. 225—271, wo sich eine Uebersicht über die Aufhebungen bis zum J. 1865 findet. Vgl. außerdem Goldschmidt in seiner Ztschr. VIII. S. 219 ff., Paul Hinschius in s. Ztschr. f. Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen II. 1868 S. 14 ff., 336 ff., J. M. Schober das Bundesgesetz v. 14. Novbr. 1867, Leipzig (1872) S. 37 ff. Die Reihe der Aufhebungen ist folgende:

Baden'sches Ldr. v. 1809 art. 1907[a] ff. (freilich unter Beschränkungen). — Württemb. G. v. 2. Okt. 1839 (für unbedingt wechselfähige Personen, also seit dem 1. Mai 1849 für alle Württemberger). — Bremische VO. v. 6. Jan. 1858 u. 27. Dez. 1858. — Oldenb. G. v. 18. Juni 1858. — Sachs. Weimar'sches G. v. 13. Jan. 1858 u. 4. Mai 1859. — Coburg Goth. G. v. 10. Febr. 1860. —

den norddeutschen Bund durch das Bundesgesetz vom 14. November 1867 und sodann in den süddeutschen Staaten, sofern sie noch Wucherverbote besaßen[37]). Endlich ist in den letzteren bei ihrem Zutritt zum deutschen Reich, abgesehen von Baiern[38]), das norddeutsche Bundesgesetz gleichfalls eingeführt worden[39]). Es gilt somit außer in Baiern das Gesetz vom 14. November 1867 als gemeines Recht für ganz Deutschland[40]).

4. Demgemäß herrschen für die vertragsmäßigen Zinsen jetzt folgende Grundsätze:

a) „Die Höhe der Zinsen, sowie die Höhe und die Art der Vergütung für Darlehen und für andere kreditirte Forderungen . . . unterliegen der freien Vereinbarung", (§ 1) doch bleibt es bei den besonderen privatrechtlichen Vorschriften „für die gewerblichen Pfandleihanstalten", d. h. sie dürfen nicht mehr Zinsen nehmen, als ihnen bei ihrer Conssionirung gestattet ist.

b) „Derjenige, welcher für eine Schuld dem Gläubiger einen höhern Zinssatz als jährlich sechs vom Hundert gewährt oder zusagt, ist zu einer halbjährigen Kündigung des Vertrages befugt: Jedoch kann er von dieser Befugniß nicht unmittelbar bei Eingehung des Ver-

---

Lüb. G. v. 23. Juni 1862. — Frankfurt a. M. G. v. 2. Febr. 1864. — Sächs. G. v. 25. Okt. 1864. — Hamb. G. v. 22. Dez. 1865 § 33. — Preuß. VO. v. 12. Mai 1866 u. Ges. v. 2. Januar 1867. — Oestr. G. v. 14. Dez. 1866. — Braunschw. G. v. 18. April 1867. — Meining. G. v. 7. Juni 1867. — .

[37]) G. f. d. Großherzgth. Hessen v. 4. Aug. 1868, f. Baiern v. 5. Dez. 1867. — Vgl. auch das Oesterr. G. v. 14. Juni 1868.

[38]) Hier gilt noch weiter das Ges. v. 5. Dez. 1867.

[39]) Bund. GBl. v. 1870 S. 647, 656.

[40]) Ueber dies Gesetz besonders der in N. 36 citirte Aufsatz von P. Hinschius S. 14—67, S. 336—338.

Nach der neuesten Oesterreichischen Gesetzgebung können Verträge, welche den Schuldner zu sehr hohen Zinsen verpflichten, unter Umständen für nichtig erklärt werden. Das Oestr. Ges. v. 19. Juli 1877 bestimmt: „Wer bei Gewährung von Credit mit dem Creditnehmer Bedingungen eingeht, von denen er weiß, daß sie durch die Maßlosigkeit der dem Creditgeber zugestandenen Vortheile das wirthschaftliche Verderben des Creditnehmers herbeiführen oder befördern müssen und daß diese ihre Beschaffenheit dem Creditnehmer in Folge seiner Verstandesschwäche, Unerfahrenheit oder Gemüthsaufregung nicht erkennbar ist, macht sich eines Vergehens schuldig und wird mit Arrest von ein bis zu sechs Monaten oder an Geld von 100 bis 1000 Gulden bestraft. Der Strafrichter hat das Geschäft, wegen dessen die Verurtheilung erfolgt, als nichtig zu erklären."

trages, sondern erst nach Ablauf eines halben Jahres Gebrauch machen. Vertragsbestimmungen, durch welche diese Vorschrift zum Nachtheil des Schuldners beschränkt oder aufgehoben wird, sind ungültig" (§ 2 Abs. 1, 2)[41]).

Der Schuldner kann kündigen ein halb Jahr, nachdem das verzinsliche Darlehn gegeben ist[42]).

Doch sollen diese Grundsätze nicht gelten für Schuldverschreibungen auf den Inhaber und für Darlehen, welche ein Kaufmann empfängt (§ 2 Abs. 3). Auch dürfen Landesgesetze bestimmen, daß „die eingeräumte Kündigungsbefugniß des Schuldners gänzlich wegfalle, oder daß ein höherer Zinssatz, als sechs Prozent, oder eine längere Kündigungsfrist, als sechs Monate für die bezeichnete Befugniß maßgebend sei" [43]).

5. Mit der Freigebung des Zinsfußes sind aber nicht die sonstigen Beschränkungen in Betreff der Verzinsung sofort aufgehoben, sondern sie bestehen weiter fort, soweit sie nicht durch die Gesetzgebung oder Praxis modifizirt oder beseitigt sind[44]).

a) Das römische Verbot des ultra alterum tantum, wonach der Zinsenlauf aufhört, sobald die rückständigen[45]) Zinsen die Höhe

---

[41]) Aehnliche Bestimmungen galten schon früher partikularrechtlich; Baden'sches GB. 1907*; bei Verabredung von mehr als 6 Procent dürfe der Debitor alle Monat, der Creditor alle halbe Jahre kündigen; das Gegentheil dürfe nicht verabredet werden. — Preuß. G. v. 12. Mai 1866: solche Darlehen könne der Schuldner, auch wenn ein späterer Zahlungstermin bedungen wurde, jederzeit kündigen und nach 3 Monaten zurückzahlen. — Die Bestimmung des Reichsgesetzes ist fast wörtlich dem § 2 des Sächs. Gesetzes v. 25. Oktober 1864 entlehnt. — Das Baierische Gesetz enthält keine solche Bestimmung.

[42]) Beseler § 109 N. 16.

[43]) Mir ist nicht bekannt, daß derartige partikularrechtliche Gesetze erlassen sind. — § 5 Absatz 2 bestimmt ferner: „So weit einzelne Landesgesetze Bestimmungen enthalten, welche die erwähnte Kündigungsbefugniß des Schuldners ausschließen oder in der bezeichneten Weise beschränken, bleiben dieselben in Gültigkeit, bis sie auf dem verfassungsmäßigen Wege des betreffenden Landes oder durch ein Bundesgesetz abgeändert werden." Die Bestimmung scheint mir ohne praktischen Werth zu sein, denn die angeführten Gesetze von Baden und Preußen (N. 41) haben eine kürzere Kündigungsfrist. Und das Bairische Gesetz wird ohnehin durch das Reichsgesetz nicht berührt.

[44]) Ueber die Frage, ob das Verbot der lex commissoria seit Aufhebung der Wuchergesetze gefallen sei, vgl. oben II. § 155 N. 49.

[45]) Die römische Bestimmung, daß der Zinsenlauf auch aufhört, wenn die

des Kapitals erreicht haben[46]), hat insofern keine große Bedeutung[47]), als die Zinsforderung nach Partikularrechten einer kürzeren Verjährung unterworfen ist[48]). Doch ist es auch direkt in vielen Partikularrechten[49]) und gemeinrechtlich für den Handelsverkehr durch das Handelsgesetzbuch Art. 293 aufgehoben worden: „die Zinsen können bei Handelsgeschäften in ihrem Gesammtbetrage das Kapital übersteigen."

Wo man den römischen Satz nicht aufhob, schränkte ihn doch die Praxis auf den Fall ein, daß der Gläubiger die Zinsen sorglos soweit anschwellen ließ und keine gerichtlichen Schritte that oder sonstigen Maßnahmen traf, um zu ihrer Bezahlung zu gelangen, während wenn ihn keine Schuld trifft, der Zinsenlauf nicht gehemmt wird[50]). In diesem Sinne sind auch einzelne Gesetze ergangen[51]).

Das Reichsgesetz hat in dieser Beziehung keine Aenderung getroffen.

b) Das römische Verbot des Anatocismus, der usurae usurarum wurde für die Juden während des Mittelalters oft nicht beachtet[52]) und kommt in Folge partikulärer Bestimmungen nicht für

---

gezahlten Zinsen die Höhe des Kapitals erreicht haben, ist unpraktisch, weil nicht glossirt.

[46]) Das Verbot ist bereits bekannt im Brünner Schöffenbuch c. 439.

[47]) Die Praxis des Reichskammergerichts wollte das Verbot gar nicht berücksichtigen, Pfeiffer prakt. Ausführ. VII. no. 4 S. 40 ff.

[48]) Preuß. Ldr. I. 11. § 849: 10 Jahre, Preuß. Ges. v. 31. März 1838 § 2: 4 Jahre. — Frankf. G. v. 2. Febr. 1864 § 7: 5 Jahre u. s. w.

[49]) Preuß. Ldr. I. 11. § 851, Sächs. GB. § 682, Frankf. G. v. 2. Februar 1864 § 6, Baier. G. v. 5. Dez. 1867 art. 2, Lüb. G. v. 23. Juni 1864 art. 4, Würt. Praxis Reyscher II. § 403 N. 14 u. s. w. Am allgemeinen römischen Verbot hielt dagegen die Hamburger Praxis fest (Baumeister I. S. 295 N. 21) und es wurde auch aufgenommen in die neueren Gesetze von Oldenburg, Koburg, Bremen, Hinschius S. 24 f. — Vgl. auch Seuffert V. 14, X. 239, XV. 188, XVII. 222.

[50]) Pufendorf obs. I. 14. § 6, Strube Bed. I. no. 123, III. no. 33, Pfeiffer a. a. O. 42 ff. — Praxis von Darmstadt, Kassel, Kiel, Lübeck, Seuffert II. 269, IX. 14, X. 207, XVIII. 26. — Abweichend früher Lübeck X. 238.

[51]) Oestr. GB. § 1335, Sächs. Decis. v. 1661 (Haubold 269[b] N. c. vgl. auch § 270 N. 6), Hannov. VO. v. 20. Febr. 1824 (Grefe II. S. 445), Fuldaer VO. bei Thomas III. S. 6 N. b.

[52]) Stobbe Juden S. 111.

Sparkassen[53]) und gemeinrechtlich nicht beim kaufmännischen Contocurrent zur Anwendung[54]). Im übrigen besteht der Grundsatz weiter fort[55]); doch hat die im gemeinen Recht theilweise vertretene Ansicht, daß wenn die Zinsen durch Novation zum Kapital geschlagen werden, das Verbot cessire, sich auch in Partikularrechten Eingang verschafft[56]).

Auch laufen partikularrechtlich Verzugszinsen von den rechtskräftig erkannten Zinsrückständen[57]).

In einzelnen Partikularrechten ist das Verbot des Anatocismus ganz gefallen; nach ihnen kann im Darlehnsvertrage die Verzinslichkeit verfallener Zinsen festgesetzt werden und bedarf es nicht erst

---

[53]) Haubold § 269 Zus. 4, Paulsen § 96 N. 5.

[54]) Schon vor dem Handelsgesetzbuch bestand in dieser Beziehung eine allgemeine Handelsüsance, Preuß. Lbr. II. 8. § 697, Seuffert II. 149, VII. 290, VIII. 21, XVI. 19, 202, XVII. 16, XVIII. 218, Entsch. des ROH.Ger. XI. S. 143 f., Paulsen § 166 N. 5, v. Savigny System I. S. 179, Pöschmann in d. Annalen des sächs. O. A. G. I. 1860 S. 289—302, Grünhut das Recht des Kontokurrentverkehrs in s. Ztschr. III. S. 477 N. 76. — Handelsgesetzbuch art. 291: „Wenn ein Kaufmann mit einem andern Kaufmann in laufender Rechnung (Kontokurrent) steht, so ist derjenige, welchem beim Rechnungsabschlusse ein Ueberschuß gebührt, von dem ganzen Betrag desselben, wenngleich darunter Zinsen begriffen sind, seit dem Tage des Abschlusses Zinsen zu fordern berechtigt." — Partikularrechtlich gilt dies auch bei laufender Rechnung eines Kaufmanns oder sonstigen Gewerbetreibenden mit einem Nichtkaufmann, Sächs. GB. § 681, Brem. Einf. Ges. v. 6. Juni 1864 § 30 zum Hand. GB. (nach letzterem Gesetz soll die Bestimmung nicht beschränkt sein auf Handelsgeschäfte und auf Kaufleute). — Ueberhaupt sei eine derartige Ausnahme allgemein bei einem wahren Kontokurrent zu machen, Endemann § 92 N. 10, Seuffert XVI. 202, Entsch. d. ROH.Ger. XI. S. 143 f., Frankf. G. v. 2. Febr. 1864 § 4.

[55]) Preuß. Landrecht I. 11. § 818, Oestr. GB. § 998, Zürich. GB. § 959, Sächs. GB. § 679, Braunschw. G. v. 18. April 1867 § 2, Reichsgesetz § 4.

[56]) Preuß. Lbr. I. 11. § 819, 820: wenn über zweijährige oder ältere Zinsrückstände neue Schuldscheine gegeben werden und das Geschäft gerichtlich geschlossen wird, können Zinsen verschrieben werden; vgl. auch C. civ. 1154, Oestr. GB. § 998, Sächs. GB. § 680, Delbrück Uebernahme fremder Schulden S. 44. Dagegen ist es verboten in Fulda, Thomas III. S. 5 ff. und wird auch zum Theil in der gemeinrechtlichen Praxis nicht für zulässig betrachtet, Seuffert XXXI. no. 211.

[57]) Preuß. Lbr. I. 11. § 821; in Betreff der einjährigen Rückstände C. civ. 1154. — Vom Tage der Klagebehändigung an, Frankf. Ges. v. 2. Febr. 1864 § 5, Oestr. G. v. 14. Juni 1868 § 3. — Dagegen Sächs. GB. § 679.

nach ihrem Verfall des besondern Vertrages, daß sie Zinsen tragen sollen[58]).

c) Während es früher als Wucher und verboten galt, wenn der Darleiher die Zinsen vom Kapital vorabzog[59]), kann dies heute nicht mehr als unzulässig gelten, da durch diesen Abzug nur die Höhe des Zinsfußes berührt wird[60]).

§ 191. Die Bürgschaft. Aelteres Recht[1]).

1. Die Bürgschaft ist derjenige Vertrag, durch welchen sich der Bürge einem Andern, welcher eine Leistung von einer dritten Person

---

[58]) Lüb. G. v. 23. Juni 1862 art. 4, Frankf. G. v. 2. Februar 1864 § 5, Oestr. G. v. 14. Dez. 1866 § 1, 14. Juni 1868 § 3, Baier. G. v. 5. Dez. 1867 art. 1. — Dresden. Entw. art. 41: „Durch Vertrag können Zinsen zu jeder Höhe, ingleichen Zinsen von rückständigen Zinsen bedungen werden, wenn nicht die Landesgesetze eine Beschränkung enthalten."

[59]) Preuß. Ldr. I. 11. § 815 ff., Sächs. GB. § 683.

[60]) Oestr. G. v. 14. Juni 1868 § 4, Windscheid § 261 N. 5, Förster I. § 68 N. 31 ff., Dernburg II. § 36 N. 2. — Dagegen nimmt das Sächs. Präj. in der Sächs. Ztschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. XXXVIII. S. 304 ff. an, daß die Bestimmung des Sächs. GB. § 683 durch das Reichsgesetz nicht aufgehoben sei, und das gleiche behauptet Hinschius S. 37 ff., der für das gemeine Recht das Verbot des Abzugs der Zinsen als beseitigt ansieht, mit Bezug auf die Bestimmungen des Preußischen und Sächsischen Rechts (N. 59).

[1]) Müller über die germanische Bürgschaft mit besonderer Rücksicht auf das jütische Low, in der Ztschr. f. D. R. I. S. 321—350. — Paulsen Beitr. zu der Lehre von der Bürgschaft nach dem nordischen Rechte, daselbst IV. S. 124—147. — Stobbe Vertragsrecht 1855 S. 115 ff. — Platner die Bürgschaft. Eine germanist. Abhandlung. Leipzig. 1857. — Heusler Bürge und Selbstzahler, Ztschr. f. Schweiz. R. IX. 1861 S. 68—88. — Sickel Vertragsbruch 1876 S. 91 f. — Einige Zusammenstellungen über die prozessualische Bürgschaft bei Heinze in d. Ztschr. f. RG. X. S. 450 ff., Löning Vertragsbruch S. 433. — Ueber die Volksrechte einiges bei Walter § 567; über fränkisches Recht Sohm Proz. der L. Salica S. 21 f., 220 ff., Recht der Eheschließung S. 38—42, Löning Vertragsbruch S. 61 ff.; über die Lex Burgundionum Sohm Proz. der L. Salica S. 44 ff., 223; über Langobard. R. Zorn das Beweisverfahren nach Langob. Recht 1872 S. 26 ff., Löning Vertragsbruch S. 95 ff., Val de Liévre Launegild u. Wadia 1877, Brunner in Goldschm. Ztschr. XXII. S. 511 ff. — Vgl. auch Cap. Sax. de partibus Saxoniae c. 27 in den Mon. Legum V. p. 44 seq. mit den Noten von v. Richthofen.

Die Untersuchung über die Bürgschaft des Mittelalters ist darum beson-

zu fordern hat, oder von ihr erwartet, dahin verpflichtet, daß diese dritte Person ihrer Verbindlichkeit nachkommen wird. Der Bürge verspricht auf die Erfüllung der Verbindlichkeit hin zu wirken, und wenn die Erfüllung ausbleibt, sei es die dem Schuldner obliegende Verbindlichkeit seinerseits zu erfüllen, sei es Ersatz zu leisten[2]).

Bürgschaften können für die verschiedensten Verbindlichkeiten eingegangen werden, dafür daß der Schuldner seinen Gläubiger bezahlen, daß der Verkäufer eines Grundstücks den Käufer gegen Ansprüche dritter Personen vertreten wird u. s. w., ganz besonders auch für prozessualische Verpflichtungen: der Bürge verspricht, daß eine Prozeßpartei vor Gericht erscheinen, einen Eid leisten, ein Urtheil erfüllen wird u. s. w. Wir beschränken uns auf die Verbürgung für die Erfüllung der Obligation eines Schuldners (des Hauptmanns oder Selbstschuldners im Gegensatz gegen den Bürgen), insbesondere auf den Hauptfall der Verbürgung für eine Geldzahlung des Schuldners.

Um anzudeuten, daß sich der Bürge für die Leistung des Schuldners verbindlich mache und ein Recht gegen den Schuldner habe, wenn er für diesen leistet, wurde die Bürgschaft nach den Volksrechten in der Form eingegangen, daß der Schuldner seinem Gläubiger ein Verpflichtungssymbol überreichte und darauf der Bürge dasselbe Symbol aus der Hand des Gläubigers in Empfang nahm[3]). Im spätern deutschen Mittelalter genügte das einfache Versprechen des Bürgen.

---

ders schwierig, weil die Quellen unter einem Bürgen sehr verschiedenes verstehen: bald einen Bürgen in unserm Sinn, bald einen Bürgen zur gesammten Hand, bald den Uebernehmer einer fremden Schuld unter Ausscheidung des ursprünglichen Schuldners. Wir können hier nicht auf alle Eigenthümlichkeiten des ältern Rechts eingehen, welche übrigens weder in meiner Abhandlung (1855) noch in den spätern Arbeiten zur vollen Erscheinung gebracht sind.

[2]) Heusler S. 68 ff., auch Sohm Proceß S. 222 f.

[3]) Darüber, daß diese Form nicht bloß nach langobardischem, sondern auch nach fränkischem und baierischem Recht galt, Sohm Eheschließung S. 38 ff., speziell über langobardisches Recht Val de Lièvre S. 184 ff., 215 f., vgl. auch S. 165 ff., 189 ff., 212 ff., 226 f., Brunner in Goldschmidt's Ztschr. XXII. S. 511 ff.

In Fällen, wo Jemand eigentlich einen Bürgen hätte stellen sollen, aber keinen Bürgen hat, ließ man ein Scheingeschäft, eine Selbstbürgschaft zu, Ed. Chilperici c. 6 (Behrend L. Salica p. 106): . . . et non habuerit, qui pro

2. Ueber die Voraussetzungen, unter denen der Bürge in Anspruch genommen werden kann, ob er nur in subsidium oder ob er ebenso wie der Schuldner haftet, oder ob sogar die Forderung zunächst gegen den Bürgen zu richten ist, fehlt es in der ältern Zeit an einer gemeingültigen Auffassung[4]).

a) Nach sehr vielen (wohl den meisten) Rechten darf der Gläubiger sich an den Bürgen nur halten, wenn der Hauptschuldner nicht leistet; der Bürge ist nicht Gesammtschuldner, sondern in subsidium verhaftet; Voraussetzung für seine Verpflichtung zur Leistung ist die mora des Hauptschuldners. Der Gläubiger hatte freilich (wenigstens nach vielen Quellen) nicht nöthig den Hauptschuldner erst auszuklagen, aber er durfte gegen den Bürgen nur vorgehen, wenn er den Schuldner vergeblich zur Zahlung aufgefordert hatte. Der Bürge haftete nicht bloß bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, sondern schon, wenn die Zahlung von ihm nicht leicht zu erlangen war[5]).

---

eum fidem faciat: ut ipse in senextra manu fistucam teneat et dextera manu auferat: er soll die festuca in der rechten Hand halten und aus derselben mit seiner linken Hand nehmen. Sohm Proz. der L. Salica S. 81, Eheschließung S. 41 f.) meint, auferat stehe für offerat, und übersetzt (in meines Erachtens bedenklicher Weise): „er soll in der linken Hand die festuca haben, nachdem er sie mit der rechten gegeben hat." — Ueber derartige Selbstverbürgungen im südităliſchen Recht Brunner a. a. O. S. 122, 513, Val de Lièvre S. 186 f., 244 ff., in Frankreich Franken französ. Pfandrecht I. S. 234 ff.

Uebrigens ist daran zu erinnern, daß wir das Wort verbürgen auch für das Versprechen des eigentlichen Schuldners brauchen.

[4]) Es ist dies bisher nicht genügend beachtet worden.

[5]) Platner S. 86 ff. — Man soll den Schuldner 3 Mal feierlich zur Zahlung auffordern, L. Burgund. XIX. 5, 8, CVII. 7; man soll den Schuldner erst zusprechen, wenn man ihn haben mag, Syst. Schöffenr. III. 2. 87; ihn zuerst verfolgen oder mitt rechte (Gericht) verfolgen, Billwärder R. 51, Bremer Rechtsspr. bei Spangenberg Beitr. z. Kunde der D. Rechtsq. S. 122; ihn mit rechte anlangen und bethedingen, Magd. Urth. bei Walch VIII. S. 263; ihn „fordern und heischen", Wetterauisches Weisth. bei Grimm V. S. 259 § 11; der Bürge muß zahlen auff den Fall der nicht Haltung, Magd. Urth. bei Walch Beiträge VIII. S. 263.

Wenn einige der angeführten Stellen als Voraussetzung der Klage gegen den Bürgen die vorhergegangene Verfolgung des Schuldners bezeichnen, so fordert direkt eine Klage gegen den Schuldner Richtst. Lbr. c. 9; die Einrede des Bürgen: na deme dat de sakeweldiche (der Hauptschuldner) jegenwardich si, oft me den icht bilken allererst beclagen scole, wird als zulässig

War er abwesend, so bedurfte es garnicht einmal der besondern Mahnung[6]).

b) Nach einzelnen Rechten erscheint der Bürge ohne weiteres als solidarisch mit dem Hauptschuldner verpflichtet[7]).

c) Nach noch weitern Rechten soll sich der Gläubiger, wenn ihm ein Bürge gestellt ist, an diesen halten und wird der Bürge frei, falls der Gläubiger seinen ursprünglichen Schuldner belangt. Durch die Bestellung eines Bürgen hat der Schuldner seinem Gläubiger ein Mittel für die Befriedigung seiner Forderung gewährt, welches dieser zunächst versuchen soll. Der ursprüngliche Schuldner haftet nur dann, wenn sich dieses Mittel nicht bewährt, ebenso wie ein Schuldner, welcher ein Pfand gegeben hat, mit seinem übrigen Vermögen erst dann haftet, wenn der Gläubiger aus dem Pfand keine volle Befriedigung gewinnen kann[8]).

---

bezeichnet. Das Braunschw. R. bei Pufendorf IV. 132 sagt auch, man solle den Schuldner utholagen. — Vgl. auch Augsb. Stdtr. (Meyer) art. 131 § 2.

[6]) Die oben erwähnte Einrede des Richtsteigs (N. 5) ist nur zulässig, wenn der Schuldner anwesend ist. Vgl. auch Platner S. 95 N. 1. — Diese Ausnahme gehört also nicht erst der Receptionszeit an; in dem Brünner Schöffenb. cap. 297 ist sie der Novelle 4. c. 1 entnommen.

[7]) Ueber den Wendisch-Rüg. Landgebrauch Delbrück in d. Ztschr. f. D. Recht XII. S. 238 ff., über die nordischen Rechte Paulsen in d. Ztschr. f. D. Recht IV. S. 124 ff., Lehrb. § 120; Lütticher Gew. R. des 16. Jahrh. art. 230 (bei Warnkönig Beiträge S. 183), Wurster Ldr. VII. art. 20 § 1 (Pufend. I. p. 78), Nordh. Statt. c. 1300 § 189; Schwabensp. 353. I (nur in einer Handschrift), zugleich mit der merkwürdigen weitern Bestimmung, daß wenn der Gläubiger einen von ihnen belangt, den Schuldner oder den Bürgen, der Andere frei wird. Das Kurkölnische Ldr. 1538 (Maurenbrecher I. S. 374) hebt den Mißbrauch auf, daß man den Bürgen vor dem Schuldner belangen könne. — Auch für die Schweiz hat Heusler S. 79 ff. nachgewiesen, daß der Bürge nach einigen Rechten nur in subsidium haftete; er führt zugleich aus, daß die häufige Klausel in Schweizerischen Schuldverschreibungen, es wolle Jemand als „Bürge und Selbstzahler" haften, ursprünglich nicht eine solidarische, sondern eine einfache Bürgschaft bezeichnete; man wolle nicht bloß auf die Zahlung hinwirken, sondern nöthigenfalls selbst zahlen.

Irrig ist es aber, wenn öfter allgemein behauptet wird, der Bürge sei nicht bloß in subsidium verhaftet gewesen und es habe nach deutschem Recht nicht die exceptio excussionis gegolten; vgl. dagegen N. 5 und Stobbe S. 125 ff.

[8]) Bened. Lev. III. 334: der Bürge und sein Erbe wird frei, wenn der Gläubiger debitorem suum tenere maluerit. — Wendisch-Rügianischer Land-

3. Ursprünglich war die Bürgschaft nicht erblich[9]). Die Erben des verstorbenen Bürgen konnten vom Gläubiger nur in Anspruch

---

gebrauch Tit. 74 § 7: de Gelöviger iss vermoge Landtrechts nicht schuldig, den Schuldigern mit Rechte vor den Borgen umb de Schuldt tho Rechte tho besprekende, denn se hebben eine Regell: Menn nimpt darumb Börgen, dat men den Hövetman nicht will geloven; Derhalben fordert man den Hovetman, ipsum debitorem, tho Rechte der Schuldt halven, dat iss de Borge fry (Anders nach Tit. 137. § 14: der Gläubiger brauche den Schuldner nicht zuerst anzusprechen; geschege idt, so were doch de Bürge nicht fry). — Statt. v. Gesete c. 1360 § 16 (Seibertz II. no. 765). — Westerwolder Ldr. XV. § 16 (v. Richthofen S. 277): der Bürge wird frei, wenn man den Schuldner zuerst mahnt. — Bremer Urtheil a. 1337 bei Oelrichs S. 197. no. 80. — Wiener Stadtr. (Schuster) art. 7: Schol ein man dem andern gelten, und setzt im einen pürgel, und nimpt auch den willichleich fur voll, der hat ze hant gewert und der pürgel stet in der gült. Sprichet man daruber den gelter an und gicht, man hab nicht purgel von im, daz sol der gelter pringen, daz der man und nenne auch den, ze pürgel willichleich und für vol genommen, und sei ledig. Setzt aber ein man einen pürgel zu im, und lubent paiden zu einander also beschaidenleich, waz an ainem abget, daz man daz auf dem andern hab, engegen dem si pürgel sind, der spricht wol an, swelchen er will, unverzigen seinez rechten, wan, enpristet im ainer, so hat er auf dem andern; vgl. auch art. 57, auch in dem Fall, daß der Bürge gestorben ist. — Steiermärk. Ldr. art. 122: wenn der Schuldner einen Bürgen gesetzt hat, ist er nur verpflichtet, falls er zu dem purgel gelobt, resp. wenn der Bürge gestorben ist. — Auch nach dem Rechtsb. n. Dist. III. 12. d. 7 soll der eigentliche Schuldner zahlen, ob der burge abeginge, also für den Fall, daß der Bürge todt ist oder nicht zahlen kann; in andern Fällen darf der Schuldner excipiren: mane dinen burgen (Für den Fall des Todes des Bürgen weichen die beiden letzten Quellen also von dem Wiener Stadtr. art. 57 ab). — Salzburg. Taidinge S. 26 Z. 5 ff.: man darf den Schuldner nicht fordern, wenn er Bürgen gegeben hat; der Bürge seinerseits ist frei, wenn der Gläubiger den Selbstschuldner belangt; denn der soll zahlen, der porgt. — Aehnlich ein Neuenburger Gewohnheitsrecht bei Heusler S. 79.

Auf solche Gewohnheitsrechte bezieht sich auch der Satz bei Gaill observatt. II. 27. no. 30: talis consuetudo est in Austria, ubi necessario fidejussor post moram ante principalem sine discussione conveniri debet; alias fidejussor liberatur.

[9]) Stobbe S. 132 ff., 169 f., Platner S. 125 f., Lewis Succession des Erben S. 147 ff.; auch einige Stellen in N. 8. Vgl. auch v. Martitz ehel. Güterr. S. 154 N. 7. — Außer den dort angeführten Belegen noch: Cap. a. 875. c. 42 (Mon. LL. I. p. 527: Si de una causa plures fidejussores dati fuerint, et unus ex ipsis fidejussoribus mortuus fuerit, ut proinde

genommen werden, wenn sie sich selbst verpflichtet hatten[10]) oder wenn der Erblasser bereits bei seinen Lebzeiten verklagt oder verurtheilt war. Dem gegenüber drang besonders auf Grund des Römischen Rechts allmählich die Erblichkeit durch[11]), sei es daß die Erben nur dann hafteten, wenn der Bürge die Bürgschaft für sich und seine Erben übernommen hatte[12]), sei es daß die Erblichkeit bereits ohne weiteres galt und es einer besondern Verabredung bedurfte, um die Erben des Bürgen nach seinem Tode frei werden zu lassen[13]).

Nach altem Recht haftete der Bürge nur für die Schuld selbst, nicht auch für ihre Accessionen, insbesondere für Zinsen, außer soweit er dies übernommen hatte[14]). Seine Verbindlichkeit erlosch durch die von ihm oder vom Schuldner geleistete Zahlung und durch Verjährung[15]); auch wurde er nach einzelnen Rechten frei, wenn der Gläubiger dem Schuldner einen weitern Aufschub gab[16]).

Durch seine Zahlung erlangt der Bürge ein Recht auf Ersatz gegen den Schuldner, auch wenn er sich bei seiner Zahlung vom

---

causam suam non perdat, set pro eo qui de illis fidejussoribus vivi sunt, solvatur, quod promisit). Syst. Schöffenr. III. 2. 126 (Bresl. Statt. VI. 45, in der Ztschr. f. G. Schlesiens IV. S. 95), Hildesh. Statt. von 1422 art. 69 (Pufend. IV. p. 295; man soll den Bürgen auch nicht im Siechbett verklagen), Steierm. Lbr. 121.

10) Bamberger R. art. 232.

11) Zuerst Schwabensp. 7, 289 a. E. — Weitere Belege bei Stobbe S. 135, 170 f. — Außerdem Nordh. Statt. v. 1308 § 17, Meckl. Stdtr. (Böhlau Ztschr. X. S. 134) no. 9, Braunschw. Stdtr. (Pufend. IV.) p. 132, Statuten v. Langensalza 16 (Walch VII. S. 284), Nürnberg. Ref. von 1564 XIX. 3. § 1, Hamb. Statt. II. 6. art. 1; eingeführt wird die Erblichkeit z. B. durch c. 23 des Stadtr. v. Nydau im J. 1548 (Ztschr. f. Schweiz. R. IX. 2. S. 57).

12) Meckl. Stdtr. (Böhlau Ztsch. f. RG. X. S. 134) no. 7, 12, 15, Meckl. Schwer. BO. v. 1574, Lbr. v. Hadeln II. 4.

13) Vgl. die Stellen in N. 11.

14) Lüb. R. (Hach) II. 166, revid. Lüb. R. III. 5. art. 1, Hamb. Statt. II. 6. art. 5, 6. — Augsb. R. (Meyer) art. 131 § 2.

15) Stobbe S. 135 ff.

16) Z. B. Wiener R. (Schuster) art. 59, Steierm. Lbr. 129, Richtsteig Landr. 9 (dazu Homeyer S. 118), Schöff. U. bei Wasserschleben S. 91 f., Purgoldt III. 26.

Gläubiger nicht dessen Forderung cediren ließ[17]); auch hat er ein Recht auf alle Sicherungsmittel, welche dem Gläubiger für die Bezahlung seiner Forderung gegen den Schuldner zustehen[18]).

4. Im spätern Mittelalter wurde die Auffassung immer allgemeiner, daß der Bürge nur in subsidium hafte, und daß er sich entweder zu gesammter Hand oder als Selbstschuldner verpflichten müsse, wenn er in gleicher Weise wie der Prinzipalschuldner haften solle[19]). Im Falle der Bürgschaft zur gesammten Hand hält sich der Gläubiger an wen er will, an den Schuldner oder an den Bürgen. Aber man nahm doch insofern auf das innere Verhältniß Rücksicht, als da, wo die Bürgschaft an sich nicht erblich ist, der als Selbstschuldner sich verpflichtende Bürge diese Verbindlichkeit nicht auf seine Erben vererbte[20]).

Für den Fall, daß mehrere Personen für einen Andern zu gesammter Hand sich verpflichteten, kommen die oben § 176 N. 8 ff. ausgeführten Grundsätze zur Anwendung[21]).

§ 192. Die Bürgschaft. Neueres Recht[1]).

1. Die Bürgschaft ist derjenige Vertrag, durch welchen der Bürge einer andern Person, einem Gläubiger verspricht, die diesem gegen eine dritte Person zustehende Forderung zu erfüllen, wenn dieselbe ihrer Verbindlichkeit nicht nachkommt. Falls der Bürge sich nicht ausdrücklich als Selbstschuldner verpflichtet, haftet er nur in subsidium, d. h. nur dann, wenn der Hauptschuldner seine Verbindlichkeit nicht erfüllt.

---

[17]) L. Burg. XIX. 5—7, 9. — Stobbe Vertragsrecht S. 130 ff. — Vgl. auch oben § 176 N. 15.

[18]) Stadtr. v. Memmingen aus dem 14. Jahrh. bei Freyberg Samml. V. S. 261. — Vgl. auch Michelsen Lüb. O. Hof no. 48.

[19]) Stobbe S. 145 ff., 154 ff., Platner S. 46 ff. — In der Nürnb. Ref. 1522 XXVIII. 21, 1564 XIX. 1 bleibt man bei der Correalität von Bürgen und Schuldner stehen.

[20]) Stobbe S. 169 f.

[21]) Vgl. auch Stobbe S. 157 ff., 171 ff., Platner S. 111 ff.

[1]) Die gemeinrechtliche Literatur ist angeführt bei Windscheid § 476 N. *; vgl. weiter: Zachariä § 423 ff., Reyscher II. § 474, Baumeister I. S. 370 ff., Schmidt I. S. 467 ff., Förster II. § 144.

Die Bürgschaft ist der Vertrag zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger; einer Zuziehung des Schuldners bedarf es nicht. Insbesondere wird durch einen Vertrag zwischen dem Bürgen und dem Schuldner dem Gläubiger ohne alle Mitwirkung desselben (Mandat oder Genehmigung) kein Recht gegen den Bürgen erworben[2]). Partikulär wird der Bürge durch seine an den Gläubiger gerichtete Erklärung auch ohne dessen Acceptation verpflichtet[3]).

Während wer einem Andern Jemand zu Rechtsgeschäften empfiehlt und für seine Solvenz einzustehen verspricht, als Bürge haftet (sg. mandatum qualificatum), hat eine einfache Empfehlung zu Rechtsgeschäften nicht diese Wirkung[4]); es wird der Empfehlende nur dann in subsidium verpflichtet, wenn er dolos verfuhr[5]). — In einzelnen Fällen läßt das Gesetz eo ipso die bürgschaftliche Verpflichtung auf Grund von bestimmten rechtlichen Verhältnissen einer Person eintreten[6]).

---

[2]) Das ROH. Ger. will diese Frage nicht entscheiden, Entsch. VI. S. 115.

[3]) Preuß. Ldr. I. 14. § 204: „Sobald der Bürge die Uebernehmung der Bürgschaft solchergestalt [schriftlich oder zum gerichtlichen Protokoll] ohne Bedingung oder Vorbehalt erklärt hat, haftet er dem Berechtigten auch ohne dessen ausdrückliche Annahme"; vgl. auch oben § 171 N. 25. — Dernburg II. § 12 N. 10 behauptet auch hier die vertragsweise Entstehung, indem die Acceptation des Gläubigers vom Gesetz angenommen werde.

[4]) Windscheid § 412. 2, Thöl § 236, 302, Endemann § 148, Rosin in Gruchot's Btr. XXI. S. 390—403. — Von ältern Quellen bestimmt das Lüb. R. (Hach) II. 225 und das revid. Lüb. R. III. 10 art. 1: wer, wenn der Verkäufer einem Käufer nicht kreditiren will, sagt: Ihr dürft es wohl thun, Ihr werdet Euer Geld wieder erhalten, ist verpflichtet. — Steiermärk. Ldr. 125: die Erklärung: der ist gut genug, ist eine Bürgschaft. — Dagegen begründet nach dem Brünner Schöff. B. 297 keine Bürgschaft eine allgemein lautende Erklärung, wie: solvet tibi, certus est, mihi certus esset, ego non peterem ab eo fidejussorem.

[5]) Haubold § 300. — Preuß. Ldr. I. 14. § 209 ff., wenn er ein schriftliches Zeugniß gegen besseres Wissen oder aus grobem Versehen ausstellte, oder den Andern betrüglicherweise zum Kreditgeben verleitete (Entsch. d. ROH. Ger. X. S. 402 ff.). — Sächs. GB. 1301: wenn er entweder absichtlich oder in einem Falle, in welchem er durch Amtspflicht, Beruf oder Vertrag zur Ertheilung von Rath oder Empfehlung verpflichtet ist, aus Fahrlässigkeit schädlichen Rath oder schädliche Empfehlung ertheilt hat. — Entsch. des ROH. Ger. IX. S. 152 ff., X. S. 403 f., XXII. S. 121, XXIII. S. 153 ff., ganz besonders die auf einem Plenarbeschluß beruhende Entscheidung XIX. S. 196 ff.

[6]) Es kann Handelsgebrauch sein, daß der Commissionär dem Commit-

Die Verpflichtung aus einer Bürgschaft geht gegenwärtig auf die Erben über; nur einzelne Partikularrechte kennen Beschränkungen in dieser Hinsicht[7]).

2. Entsprechend dem römischen beneficium ordinis oder excussionis haftet der Bürge nur in subsidium, d. h. wenn der Schuldner vergeblich zur Zahlung aufgefordert, resp. ausgeklagt ist[8]). Dem klagenden Gläubiger kann er die Einrede entgegenhalten, daß dieser noch nicht die Befriedigung beim Schuldner versucht habe[9]). Wie aber schon in älterer Zeit die Ausklagung des

---

tenten für seinen Contrahenten einsteht, Hand. Ges. B. art. 370. — Nach der Preuß. Vorm. O. § 32 haftet der Ehemann einer zum Vormund bestellten Frau für die vormundschaftliche Verwaltung als Bürge.

[7]) Vgl. oben § 191 N. 12. — Nach dem Oestr. GB. 1367 erlischt ein nicht durch Pfandrecht gesicherter Bürgschaftsvertrag 3 Jahre nach dem Tode des Bürgen, wenn der Gläubiger nicht bis dahin die verfallene Schuld beim Erben eingemahnt hat; nach dem Zür. GB. § 1813, wenn die Erben von der Bürgschaft nichts wissen und der Gläubiger sie nicht binnen 2 Jahren in Kenntniß gesetzt hat.

[8]) Man soll den Schuldner erst um die Bezahlung ersucht haben, Wormſ. Ref. V. 3. 1 § 1, Frankf. Ref. II. 16. § 3, Lüneb. Ref. II. 16. § 3; ihn mit Recht ersucht, Solmſ. LO. II. 16. § 1; ihn exekutirt, Hamb. Statt. v. 1603 II. 6. 7; ihn erst „besprochen“ haben, Trierer Lbr. XV. § 2; vgl. auch Jül. Berg. Lbr. c. 105 § 2; zuerst discuter dans ses biens, C. civ. 2021. Genaue Vorschriften über die Art, wie der Gläubiger sein Recht verfolgt haben müsse, Preuß. Lbr. I. 14. § 283 ff., 292—296. Nach dem Oestr. GB. § 1355 reicht die „gerichtliche oder außergerichtliche Einmahnung hin“, dagegen verlangt das Sächſ. GB. § 1461 die Ausklagung.

Je nach dem Standpunkt, welchen die Partikularrechte über die Verfolgung des ursprünglichen Schuldners einnehmen, behandeln sie auch den Fall, daß Bürgschaft und Pfandrecht konkurriren. Nach dem Oestr. GB. 1360 kann der Gläubiger den Bürgen auch vor der Ausklagung des Pfandrechts belangen, wogegen nach andern Rechten zunächst das Pfandrecht zu verfolgen ist, Preuß. Lbr. I. 14 § 292 ff., Seuffert VII. 312, XXIV. 222, Schweiz. Obl. R. art. 494, Platner S. 106, 108 f. — Auch soll sich der Gläubiger seines Pfandrechts nicht begeben, weil er sonst nicht im Stande ist dem zahlenden Bürgen dies Sicherungsmittel der Forderung abzutreten, Oestr. GB. § 1360, Zürich. GB. § 1802.

[9]) Er hat diese Einrede und der Kläger braucht nicht als Fundament seiner Klage die fruchtlose Ausklagung des Schuldners zu behaupten, C. civ. 2022, Haubold § 298 N. a, Windscheid § 478 N. 1. — Förster II. § 144 N. 49 vertheidigt für das Preuß. Recht, daß der Kläger die vergebliche Ausklagung des Schuldners behaupten müsse.

Hauptschuldners dann nicht gefordert wurde, wenn derselbe abwesend und der Bürge einheimisch war (§ 191 N. 6), so wurde seit der Reception diese Ausnahme von dem beneficium excussionis ganz allgemein gemacht[10]). Wenngleich die Novelle 4 c. 1 nur den Fall der Abwesenheit nennt, so ist er doch nur ein Beispiel und es muß nach gemeinrechtlicher Praxis und nach Partikularrechten das gleiche gelten, wenn sich überhaupt ergiebt, daß die Ausklagung des Schuldners erfolglos oder erheblich schwieriger sein würde, als die des Bürgen[11]), besonders bei notorischer Insolvenz oder beim Konkurs des Hauptschuldners[12]).

Sodann kann der Bürge von dem Schuldner in Anspruch genommen werden[13]), wenn er auf das Beneficium ausdrücklich[14]) oder

---

[10]) Z. B. Worms. Ref. V. 3. 1. § 2, 3 (sind beide abwesend, so kommt es darauf an, wer näher ist, vgl. auch Windscheid § 478 N. 2, Baumeister I. S. 379 N. 3), Frankf. Ref. II. 16 § 3, Solmser LO. II. 16 § 1, Lüneb. Ref. II. 16 § 2 (abwesend, so daß er in der Nähe nicht anzutreffen ist). Der Schuldner befindet sich nicht unter des Gläubigers Gerichtszwang, Trier. Ldr. XV. § 3, nicht in dessen Staat, Preuß. Ldr. I. 14 § 298, er ist ein Fremder kurhess. Praxis (Roth kurh. Priv. R. I. S. 135 N. 20; dieser Grund wird nicht anerkannt Strube Bed. I. 91), sein Aufenthalt ist unbekannt, Oestr. GB. 1356, Sächs. GB. § 1461. — Sächs. GB. § 1462: wenn sich der Schuldner außerhalb der deutschen Bundesstaaten aufhält.

[11]) Ueber diese Ausdehnungen der Praxis Mynsinger obs. II. no. 15, Girtanner Bürgschaft S. 200 ff., 424 ff., 434 ff., Stobbe Vertragsr. S. 129 N. 20, Windscheid § 478 N. 4 ff. — In der ältern Praxis führte man auch an: die Schuldner sitzen auf Raubburgen, sind tyranni, homines duri, inexorabiles, Mynsinger obs. II. 15.

[12]) Es ist offenbar, daß der Schuldner nicht wird zahlen können, Frankf. Ref. II. 16. § 3, Lüneb. Ref. II. 16. § 2, Trier. Ldr. XV. § 3 (ein bloßes Armuthszeugniß reicht nicht hin, Haubold § 298 N. 8); er ist früher wegen einer anderen Forderung vergeblich ausgepfändet worden, Preuß. Ldr. I. 14. § 284, Baumeister I. S. 379 N. 4, Seuffert XIV. 34; er befindet sich im Konkurs, Preuß. Ldr. I. 14. § 300—306, Oestr. 1356, Sächs. 1462 (Haubold § 298 N. 8, Emminghaus S. 583 N. 17), Zür. GB. 1793, 94, Baumeister I. S. 379 N. 5, Seuffert XXII. 141, XXVII. 130. — Anders Seuffert X. 48, XII. 158 (Wiesb., Darmst.).

[13]) Nach der Praxis auch, wenn er die Bürgschaft abgeleugnet hat, z. B. Mynsinger II. no. 15, Nürnb. Ref. 1564 XIX. 2. § 4, Ztschr. f. Hannov. R. VIII. S. 58 (auch bei Seuffert XXXII. no. 137).

[14]) Hamb. Statt. II. 6. 7, Preuß. Ldr. I. 14. § 307, Sächs. GB. § 1462, Windscheid § 478 N. 7. Die alte Controverse, ob ein generell lautender Ver-

stillschweigend[15]) dadurch verzichtet hat, daß er sich als Selbstschuldner verbürgte[16]). In diesem Falle darf der Gläubiger auch den Bürgen und Schuldner zugleich belangen[17]). Unbedingt fällt nach gemeinem Recht die Einrede der Vorausklage fort, „wenn die Schuld aus einem Handelsgeschäft auf Seiten des Hauptschuldners hervorgeht, oder wenn die Bürgschaft selbst ein Handelsgeschäft ist" (Hand. Ges. Buch art. 281)[18]).

---

zicht gültig sei, welcher nicht die einzelnen Rechte aufführt, auf welche verzichtet wird (Pufend. obs. II. no. 43, Unger östr. R. II. 188 (Oestr. GB. § 937), Beseler § 48 N. 9, Stinzing Gesch. der populären Literatur S. 304 ff.), wiederholt sich auch mit Bezug auf die Bürgschaft. Der Verzicht ist als gültig anzusehen, wenn anzunehmen ist, daß der Wille des Verzichtenden sich auch auf diese Einrede mit erstreckt habe, Windscheid § 478 N. 7.

[15]) Einen stillschweigenden Verzicht nehmen Platner S. 88 N. 3, Seuffert XIV. 33, Sächs. GB. § 1462 auch dann an, wenn er sich verpflichtet hat, an einem fest bestimmten Tage zu zahlen. — In der Erklärung für pünktliche Zahlung haften zu wollen, kann ein solcher Verzicht nicht gefunden werden, Seuffert XXXII. no. 42.

[16]) Z. B. Wormſ. Ref. V. 3. 1 § 6, Frankenh. Statt. II. 42 (Walch I. S. 284), Jül. Berg. Ldr. c. 105 § 2, Trierer Ldr. XV. § 4 („der Gegen-Meynungen ungeachtet"), Preuß. Ldr. I. 14. § 297, C. civ. 2021, Oestr. GB. 1357, Zür. 1789, 90, Sächs. GB. 1462, Schweiz. Obl. R. art. 495, Strube Bed. I. 40, Seuffert XXII. 141, einzelne Notizen bei Platner S. 124 N. 2.

Indessen hat sich in der ältern Literatur die unhaltbare Ansicht vielfach Geltung verschafft, daß der selbstschuldnerische Bürge doch die Einrede habe, wenn er auf sie nicht verzichtet habe, z. B. Schilter Exercitt. XLVIII. § 16; Dogmengeschichte bei Girtanner S. 209 ff., 240 ff., 319 ff. Auch fand sie in einigen Partikularrechten Aufnahme, Const. Sax. II. 18, Frankf. Ref. II. 16. § 7, Lüneb. Ref. II. 16. § 7.

[17]) Oestr. GB. 1357, Seuffert XXV. 212.

Die Ansicht, welche Windscheid § 478 N. 7 aus Novelle 99 c. 1 herzuleiten sucht, daß der selbstschuldnerische Bürge das Recht behalte, die gleichzeitige Belangung des Hauptschuldners zu begehren, widerspricht der ältern deutschen Rechtsentwickelung und findet keinen Ausdruck in den Partikularrechten, — wie es scheint, auch nicht in der Praxis. — Vgl. übrigens auch Entsch. des ROH. Ger. XX. S. 47—49 über den Unterschied der selbstschuldnerischen Bürgschaft und der reinen Correalobligation.

Woher stammt der Satz der Wormſ. Ref. III. 1. 18, daß die Klage gegen den selbstschuldnerischen Bürgen erst 10 Tage nach der mora des eigentlichen Schuldners zulässig ist?

[18]) Für den Fortfall im Handelsrecht war schon die italienische Doktrin seit der Glosse (Endemann in Goldschmidt's Ztschr. V. S. 379 f.) und

3. Haben sich mehrere Personen für dieselbe Schuld verbürgt, so unterlag in den Gesetzgebungen der Receptionszeit die Anwendung des beneficium divisionis um so weniger einem Bedenken, als nach vielen älteren Quellen bei einer Verpflichtung zur gesammten Hand in ähnlicher Weise wie nach römischem Recht zufolge des Beneficium das Schuldobjekt auf die mehreren Schuldner vertheilt wurde (oben § 176 I. b. II)[19]). Doch fällt entsprechend einer andern, im ältern Recht vorhandenen Richtung (oben § 176 I. a.) in manchen Gesetzbüchern die Rechtswohlthat nicht bloß dann fort, wenn die Bürgen auf sie ausdrücklich verzichtet[20]), sondern auch wenn sie sich „Einer für Alle und Alle für Einen" oder als „Hauptschuldner" verpflichtet haben[21]). Ebenso ist nach den neueren Gesetzgebungen, welche ja überhaupt bei Correalobligationen das beneficium divisionis ausschließen (§ 176 N. 20, 35), dasselbe regelmäßig auch speciell für die Bürgschaft beseitigt[22]).

4. Der für den Hauptschuldner zahlende Bürge hat gemäß dem Römischem Recht gegen ihn den Rückgriff nach den Grundsätzen vom Mandat oder von der negotiorum gestio[23]), und kann auch mittelst des beneficium cedendarum actionum[24]) bei der

---

vielfach die ältere deutsche Praxis, z. B. Mynsinger obs. II. no. 13; Trier. Ldr. XV. § 5: wenn „Gläubiger, Schuldiger und Bürg Handels-Leute seynd." Wer del credere stehen will, hat schon nach früherem Recht nicht die exceptio excussionis, Seuffert XX. 58.

[19]) In Bezug auf die gemeinrechtliche Controverse, ob das beneficium divisionis nur dann Platz greift, wenn die Mitbürgen sich gemeinschaftlich verbürgt haben, ist zu bemerken, daß die Nürnb. Ref. 1564 XIX. 2. § 5 die Frage bejaht. — Wann ist eine gemeinschaftliche Verpflichtung anzunehmen? Entsch. d. ROH. Ger. XVIII. S. 172 ff.

[20]) Stellen bei Platner S. 123 N. 2. — Daß auch diese Rechtswohlthat fortfällt, wenn die Bürgschaft abgeleugnet wird (vgl. N. 13), Windscheid § 479 N. 8, Nürnb. Ref. 1564 XIX. 2 § 4, Ztschr. f. Hannov. R. VIII. S. 58.

[21]) Hamb. Statt. II. 6 § 8, Trier. Ldr. XV. § 6; vgl. auch Nürnb. Ref. 1564 XIX. 2. § 3, Baden'sches GB. 2027[a], Schweiz. Obl. R. art. 496 Abs. 2.

[22]) Preuß. Ldr. I. 14. § 374, Oestr. GB. § 1359, Zür. GB. 1797 ff., Sächs. 1458, HGBuch art. 281. Anders C. civ. 2026, 2027 und ebenso nach dem Baden'schen GB. — Nach dem Schweiz. Obl. R. art. 496 haften sie, wenn sie sich nicht als Selbstschuldner verpflichteten, für ihre Antheile als einfache Bürgen und für die Antheile der übrigen als Nachbürgen.

[23]) Vgl. auch Preuß. Ldr. I. 11. § 442, 443, Sächs. GB. 1471, 1474.

[24]) Vgl. auch Goldschmidt Ztschr. XIV. S. 415 ff.

Zahlung von dem befriedigten Gläubiger die Abtretung seiner Forderung gegen den Schuldner und der für sie bestehenden Sicherungsmittel fordern. Wenn diese Rechtsgrundsätze auch in eine Anzahl von Partikularrechten übergingen[25]), so darf doch nach andern, im Anschluß an die Auffassung des ältern Rechts (§ 191 N. 17, 18) der zahlende Bürge auch ohne Cession ipso jure die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner mit allen ihren Sicherungsmitteln geltend machen[26]).

Gegen die Klage des Bürgen aus der Forderung des Gläubigers stehen dem Schuldner die Einreden zu, welche er gegen den Gläubiger gehabt hätte[27]).

5. Hat einer von mehreren Mitbürgen das Ganze oder überhaupt mehr als seine Quote bezahlt, so hat er nach Römischem Recht gegen die andern keinen Rückgriff, kann ihn sich aber durch das beneficium cedendarum actionum verschaffen. So haben denn auch mehrere Partikularrechte bestimmt[28]). Indessen machte sich auch hier eine entgegengesetzte Auffassung geltend, indem, wenn sich nicht ein anderes Verhältniß der mehreren Mitbürgen zu einander ergebe[29]),

---

[25]) Nürnb. Ref. 1564. XIX. 1. § 2, Frankf. Ref. II. 16. § 6, Jül. Berg. Landr. c. 105. § 4, Hamb. Statt. II. 6. art. 10, Worms. Ref. V. 3. 1. § 7; von neueren Partikularrechten z. B. das Zür. GB. § 1801.

[26]) Vgl. oben § 177 N. 74, 75. — Preuß. Ldr. I. 14. § 338, 339, 384 (so auch schon nach älterm Preuß. R., Koch zu § 338); hat er weniger gezahlt, als die Forderung betrug, so kann er das Plus nur auf Grund einer Cession fordern, ebenso wie das für die Forderung bestellte Pfandrecht auch nur durch Cession übergeht, I. 16. § 48. — Oestr. GB. 1358, C. civ. 2029 (Goldschm. in s. Ztschr. XIV. S. 411 ff., 418 ff.), Dresd. Entw. art. 940, Schweiz. Obl. R. art. 504, Seuffert XVII. 40. — Gegen den Uebergang ipso jure z. B. Strube Bed. V. 83.

Ein vollkommner Widerspruch ist es, wenn nach Einigen (vgl. z. B. Girtanner die Bürgschaft S. 535 ff., Hasenbalg die Bürgschaft S. 414 ff.), der Bürge auch noch nach erfolgter Befriedigung von dem Gläubiger die Abtretung der Forderung verlangen darf, z. B. Hommel rh. 657, Seuffert VII. 313 (Kiel), XXII. 142 (München).

[27]) Oestr. GB. 1361, Zürich. 1803, Sächs. GB. § 1471 (beschränkt).

[28]) Würt. Ldr. II. 5. § 5, Hamb. Statt. II. 6. 10, 11 (Baumeister I. S. 381 N. 15), Schletter Jahrbb. X. S. 98, Seuffert XXII. 237, XXVIII. 225, XXXI. 33, vgl. auch I. 331.

[29]) So wenn die mehreren Personen sich für dieselbe Schuld unabhängig von einander verbürgt haben, Pr. Ldr. I. 14. § 378, 379.

anzunehmen sei, daß die Einzelnen nach innen hin nur auf Quoten verpflichtet seien und daher, wer das Ganze zahle, auch ohne Cession von Seiten des Gläubigers die entsprechenden Quoten von seinen Mitbürgen einklagen dürfe[30]). Insbesondere da, wo im neueren Recht das beneficium divisionis ausgeschlossen ist, erscheint das Regreßrecht als Ersatz für dasselbe[31]); auch schützt denjenigen Mitbürgen, welchen der Gläubiger durch ein pactum de non petendo befreite, dieser Erlaß nicht gegen das Rückgriffsrecht des zahlenden Bürgen[32]).

6. Ueber die Frage, ob der Bürge an sich nur für die ursprüngliche Schuld oder auch darüber hinaus für vertragsmäßige Zinsen, Früchte, Schäden, Conventionalstrafen, Verzugszinsen, Prozeßkosten u. s. w. haftet, fehlt es im modernen Recht an übereinstimmenden Sätzen; die Partikularrechte und die Praxis stellen verschiedene Präsumtionen auf[33]).

7. Hat sich der Bürge nur für eine bestimmte Zeit verbürgt,

---

[30]) Rev. Lüb. R. III. 5. art. 2, Seuffert VII. 158, XX. 132, — nur in subsidium, wenn der zahlende Bürge keine Befriedigung vom Hauptschuldner erlangen kann, Nürnb. Ref. 1522 XXVIII. 22, 23 (und daraus Dinkelsbühler Statt. I. 9. § 5 bei Arnold Beitr. II. S. 321), 1564 XIX. 2. § 7.

[31]) Preuß. Lbr. I. 14. § 373, 374 vgl. mit I. 5. § 443—445 und I. 14. § 378, Oestr. GB. § 1359 vgl. mit § 896, Zür. GB. 1805, Entsch. II. S. 349. — Nach Hamburger Recht kann, wenn mehrere Bürgen sich unter Ausschluß der Theilungseinrede verpflichteten, der zahlende von einem Mitbürgen die ganze Summe unter Ausschluß der auf ihn (den zahlenden) fallenden Quote fordern, Hamb. Statt. II. 6. 11, Baumeister I. S. 382, Seuffert XVII. 144.

[32]) Oestr. 1363. — Ebenso braucht auch der vom Gläubiger beklagte Bürge nicht diejenige Quote der Schuld zu bezahlen, welche nach dem innern Verhältniß auf den befreiten Mitbürgen kommen würde, Seuffert XX. 36.

[33]) Daß er nur für die ursprüngliche Schuld, Lüb. R. III. 5. 1, Hamb. Statt. II. 6. art. 5 (Baumeister I. S. 376 N. 17), Preuß. Lbr. I. 14. § 259, vgl. auch 269, Oestr. GB. 1353, Seuffert I. no. 213, insbesondere nicht für Verzugszinsen hafte, Trier. Lbr. XV. § 8, Seuffert I. 213. — Dagegen, er hafte für Verzugszinsen und Prozeßkosten, Seuffert III. 325, XX. 226, Schweiz. Entw. v. 1877 art. 497, auch für vertragsmäßige Zinsen, Trier. Lbr. XV. § 8, vgl. auch §. 9, 10, Zür. GB. 1785, Schweiz. Obl. R. 499, Seuffert IV. 44, XIV. 30. — Es komme auf den konkreten Fall an, Entsch. des ROH.Ger. X. S. 52 f. — Eine allgemeine Verhaftung besteht nach C. civ. 2016, Sächs. GB. 1456, 57, — wenn sich der Bürge als Selbstschuldner verpflichtet hat, Trier. Lbr. XV. § 8, Preuß. Lbr. I. 14. § 270.

so kann er nicht in Anspruch genommen werden, wenn der Schuldner nach dieser Zeit nicht zahlen kann[34]). Fehlt es an einer derartigen Beschränkung, und giebt der Gläubiger dem Schuldner, welcher zu einer bestimmten Zeit zahlen sollte, ohne Einwilligung des Bürgen einen Aufschub, so erlischt dadurch nach gemeinen und nach zahlreichen Partikularrechten die Bürgschaft nicht ohne weiteres; denn es läßt sich aus dem Umstande, daß die Schuld eine betagte ist, nicht darauf schließen, daß auch die Bürgschaft nach dem Willen der Parteien eine betagte sein solle[35]). Das entgegengesetzte gilt nur dann, wenn die Stundung unter Verhältnissen ertheilt wurde, „unter welchen vorauszusehen ist, daß der Hauptschuldner in Vermögensverfall gerathen werde"[36]). Nach einzelnen Gesetzen werden aber die Bürgen durch jede Ertheilung eines Aufschubs bei einer betagten Forderung frei[37]).

8. Für die Verbürgungen der Frauen[38]) galt ursprünglich ganz dasselbe wie für ihre übrigen Verträge: sie waren gültig. Da wo die cura sexus bestand, bedurfte es auch bei der Verbürgung einer Frau der Genehmigung des curator sexus, indessen ist

---

[34]) Const. sax. II. 19, Hamb. Statt. II. 6. 15, Preuß. Ldr. I. 14. § 320, 322 ff., Zürich. 1810, Sächs. 1467, Schweiz. Obl. R. art. 502, Seuffert XXXII. 41; vgl. aber auch Dinkelsbühler Statt. 1738. IX. 8 (Arnold Beiträge II. S. 322).

[35]) Const. sax. II. 19 (Stobbe Vertragsrecht S. 137 N. 30), Preuß. Landr. I. 14. § 316, 317, C. civ. 2039, Zürich. GB. 1811, Schweiz. Obl. R. art. 503, Seuffert VII. 33, 177.

[36]) Sächs. GB. 1466, Seuffert XII. 240, XXX. 43, Entsch. des ROH. Ger. V. S. 354 ff., XVIII. S. 304 ff.; Reichsger. bei Seuffert XXXIX. 12.

[37]) Nürnb. Ref. 1522 XXVIII. 6, 1564 XIX. 4. § 2, Frankf. Ref. II. 16. § 4, Hamb. Statt. II. 6. 15, II. 9. 12 (Baumeister I. S. 377—379).

[38]) Literatur: für das gem. Recht Windscheid § 485—488 und die dort Citirten. — Haubold § 299ᵃ, 299ᵇ, Sachße § 429, Hesse § 165, Heimbach § 256 ff., Schmidt II. S. 54 ff., v. Wächter I. S. 465 ff., Reyscher II. § 477, 78, Baumeister I. S. 384—390, Grefe II. § 106, 107, Paulsen § 119, Förster II. § 144. — Ueber die hanseatischen Rechte Heise und Cropp Abhh. I. S. 144—162, vgl. auch II. S. 175 ff. — Eine Zusammenstellung partikulärer Bestimmungen in Dollmann Gesetzgebung des Kgr. Bayern I. Bd. 3. 1863 S. 326 ff. — Ueber die Praxis z. B. Gaill II. obs. 77, Hommel rh. 498, Pufendorf obs. I. 43, II. 159, Seuffert XX. 128.

auch ohne dieselbe die Bürgschaft gültig bei kleineren Beträgen[39]). Als man mit den Römischen Beschränkungen durch das Sctum Vellejanum und die Authentica si qua mulier bekannt wurde, suchte man dieselben dadurch zu umgehen[40]), daß man die Frau in der Bürgschaftsurkunde auf die ihr günstigen Bestimmungen des gemeinen Rechts, „die sg. weiblichen Rechtswohlthaten", Verzicht leisten ließ[41]). Im Anschluß an den mittelalterlichen Gebrauch bei Rechtsgeschäften auf die Anfechtungsgründe des gemeinen Rechts zu verzichten[42]), nahm man an, daß eine mit dem Inhalt der sg. weiblichen Rechtswohlthaten bekannte oder vor Gericht bekannt gemachte Frau auf sie in gültiger Weise verzichten könne[43]), und andererseits wirkte die kanonische Lehre, wonach ein an sich ungültiges Versprechen durch eidliche Bestärkung gültig werde, dahin, daß man die eidlich bestärkte Bürgschaft einer Frau für verbindlich ansah[44]). Beim Mangel eines gemeinrechtlichen Anhalts bestand aber viel Streit über das Detail; in der Theorie wurden die abweichendsten Ansichten vertreten und es fanden dieselben auch in der Praxis der verschiedenen Gerichte und in der Gesetzgebung ihren Ausdruck. Es war streitig, ob der Verzicht eidlich ausgesprochen werden müsse[45]),

---

[39]) So insbesondere nach den hanseatischen Rechten des M. A., Heise und Cropp I. 145 ff.

[40]) Einzelne Partikularrechte wehrten sich gegen die Einführung der Römischen Sätze, z. B. Nürnb. Ref. 1522 XXVIII. 16, 1564 XIX. 5.

[41]) Schon aus dem J. 1217 führt Tomaschek Rechtsentwickelung von Trient S. 12 (Wiener Sitzungsberr. Bd. 33 S. 350) eine Urkunde an: „renuncians ipsa domina auxilio senatus consulti vellejani." Promtuarium juris ed. Gengler 1854 p. 20: „Eyner frawen burgeczog ist nicht bestentlich, sie thu danne abeczicht alles keiserlichs behelffs, adir si swere zcu den heyligin zu haldene, das ist noch keiser rechte."

[42]) Vgl. z. B. Stobbe Gesch. der Rechtsquellen I. S. 647 f.

[43]) Z. B. auch Ldr. v. Nauris 1563 (Salzburger Taidinge S. 212 Z. 4 ff.): Verzicht mit Zuziehung eines Advokaten und nach rechtlicher Belehrung.

[44]) Ueber die neuere Praxis Anführungen bei Windscheid § 486 N. 5, auch Seuffert III. 53.

[45]) In gewissen Fällen sei der eidliche Verzicht erforderlich, Const. Sax. II. 16, Dec. Sax. 1661 no. 25. — Es sei der Eid nicht erforderlich, Weimar 1726 (Emminghaus S. 145 no. 175), sächs. Mandat v. 1828 (Haubold § 299[b] Anm. 1), Hommel 498, kurhess. R. (Roth I. S. 125 f.) — Vgl. überhaupt Heise und Cropp S. 159 ff.

oder ob ein Angeloben an Eidesstatt[46]) oder schon ein einfacher Verzicht nach einer Rechtsbelehrung genüge[47]), ob der Verzicht gerichtlich sein müsse[48]), oder auch eine Privaturkunde hinreiche[49]), ob eine gerichtliche Belehrung über die Folgen des Verzichts auch dann erforderlich sei, wenn die Frau mit denselben bekannt zu sein erkläre[50]) oder wenn sie über sie schon bei einer früheren Bürgschaft belehrt worden sei[51]), ob beim eidlichen Verzicht die Belehrung fehlen könne[52]) u. s. w.

Weiter war es bestritten, bei welchen andern Verträgen außer den eigentlichen Bürgschaften die Frauen in ihrer Vertragsfähigkeit entsprechend beschränkt seien und in wie fern es einen Unterschied mache, ob die Frau für ihren Ehemann oder für eine dritte Person intercedire. Zu bemerken ist auch, daß abweichend vom Römischen Recht die neueren Partikularrechte der Frau, welche aus einer ungültigen Bürgschaft gezahlt hat, kein Rückforderungsrecht gewähren[53]).

In einzelnen Ländern waren adlige Frauen[54]), ferner nach weitverbreiteter Rechtsauffassung seit den Zeiten des Mittelalters Handelsfrauen[55]) von den Beschränkungen des gemeinen Rechts befreit;

---

[46]) Es genüge: Pufendorf obs. I. 43. § 2, v. Wächter I. S. 470 f., Maurenbrecher Landrechte II. S. 151 N. 146.

[47]) Dafür Cropp a. a. O., Baumeister I. 387 f., Grefe II. § 107.

[48]) Decis. elect. 1746 no. 24, Trier. Ldr. XV. § 7 (vor Gericht oder 2 Zeugen), Frankf. Ref. II. 16. § 11, 13 (in der Kanzlei oder vor Notar und Zeugen); vgl. auch Windscheid § 488 N. 2.

[49]) Dafür: Pufendorf II. obs. 159; es reiche die eidliche Erklärung in der Urkunde hin, Hommel no. 489, Bülow und Hagemann I. no. 33, Seuffert XIII. 249 (Wiesb.). — Dagegen Seuffert I. 344 (Celle).

[50]) Dagegen: Preuß. Ldr. I. 14. § 221 ff. und Anhang.

[51]) Dafür: Preuß. Ldr. I. 14. § 238, dagegen: Pufendorf I. 43. § 3, 6.

[52]) Dafür: Trierer Ldr. XV. § 7, Hommel 498, Pufend. I. 43. § 4, 5 (Stadtr. v. Celle). — Die Belehrung kann fehlen, wenn eine minderjährige Frauensperson mit Genehmigung des Vaters oder Vormunds intercedirt, Preuß. O.Trib. 1859, Entsch. XL. S. 129.

[53]) Z. B. Preußisches Ldr. I. 14. § 243, Sächs. GB. § 1650, Heimbach § 256 N. 13.

[54]) Paulsen § 119. — In Baiern sind die siegelmäßigen Frauen weniger beschränkt, Baier. Ed. v. 26. Mai 1818.

[55]) Lüb. R. (Hach) I. 21, II. 96, III. 134, revid. Lüb. R. I. 5. art. 7, Nürnb. Ref. 1522 XXVIII. 16, XIX. 5 letzter Abschn., Frankf. Ref. II. 16.

schließlich ist dies Ausnahmerecht gemeinrechtlich für Handelsfrauen und überhaupt für gewerbtreibende Frauen abgeschafft worden[56]).

Wir brauchen bei den einzelnen unerquicklichen Controversen um so weniger zu verweilen, als sich unser Recht in dieser Beziehung fast ganz vom Römischen Recht emancipirt hat. Man fing allmählich an mit den Beschränkungen aufzuräumen, man schaffte in einzelnen Partikularrechten die Belehrung und den besonderen Verzicht ab und bestimmte, daß die Bürgschaftserklärung in einer gerichtlichen oder notariellen oder von zwei Zeugen mit unterschriebenen Urkunde wirksam sei[57]). Der Code kennt keine Beschränkung und das Oestreichische Gesetzbuch § 1349 enthält den Satz, daß in Betreff des Rechts sich zu verbürgen das Geschlecht keinen Unterschied begründe. Auch haben viele neuere Gesetze zugleich mit der cura sexus die weiblichen Rechtswohlthaten aufgehoben[58]). Nur noch in wenigen Rechtsgebieten haben die gemeinrechtlichen Bestimmungen

---

§ 12, Hamburger Praxis seit Ende 17. Jahrh. Baumeister I. S. 387 N. 11, v. Wächter I. S. 471, Heimbach § 256 N. 17, Förster II. § 144 N. 178.

[56]) HGB. art. 6: die Handelsfrau „kann sich in Betreff ihrer Handelsgeschäfte auf die in den einzelnen Staaten geltenden Rechtswohlthaten der Frauen nicht berufen"; entsprechend die Gewerb.O. § 11 für die „Frauen, welche selbständig ein Gewerbe betreiben"; Mandry im Arch. f. civ. Praxis Bd. 59 S. 282 ff., Erkenntn. bei Goldschmidt Ztschr. VIII. S. 537, XV. S. 530 f.

[57]) Bamberger Landrecht von 1769 I. 2. 7. § 13.

[58]) Auf die Aufhebung von beiden bringt der Juristentag zu Dresden im Jahre 1861; die Aufhebung befürwortet für Hessen Heinzerling im Arch. f. prakt. Rechtswiss. N. F. IX. S. 71 ff.

Die Aufhebung erfolgte in Würtemberg im Jahre 1828 Reyscher II. § 478. — Das Sächs. Mandat vom 6. Nov. 1828 und ebenso d. Sächs. GB. § 1650 ff. hält noch die Beschränkungen für Intercessionen zu Gunsten der Ehemänner aufrecht (über § 1650 vgl. Entsch. d. ROH.Ger. XI. S. 214 ff.). — Aufhebung in Reuß j. L. G. v. 3. Okt. 1848 § 3 ff., Schwarzburg-Rudolstadt G. v. 30. März 1849, Altenburg 15. Aug. 1849, Koburg 29. Juli 1858, Gotha G. v. 6. Aug. 1869 (das Gesetz vom 26. Mai 1847 hatte nur die Formen vereinfacht), Preußen G. v. 1. Dez. 1869, Sachsen-Meiningen G. v. 14. Dez. 1869 (d. G. v. 9. Juli 1844 hatte noch besondere Förmlichkeiten festgesetzt), Oldenburg 15. März 1870, Lübeck 21. März 1870, Braunschweig 5. April 1870, Bremen 9. Mai 1870, Hamburg 3. Juni 1870, Baiern 14. Jan. 1871, Mecklenburg-Schwerin 31. Jan. 1871 (vorher Gesetz v. 16. Mai 1857), Sachsen-Weimar 20. Dez. 1871, Waldeck 10. Jan. 1872, Schaumburg-Lippe 20. März 1873, Großhrzgth. Hessen 5. Mai 1875.

Stand gehalten und auch in ihnen werden sie sicherlich in kürzester Zeit fallen.

§ 193. Wette und Spiel[1]).

I. Es giebt Verträge, in welchen Einer dem Andern eine Leistung verspricht, ohne daß ihr eine Gegenleistung entsprechen soll, aber auch ohne die Absicht zu schenken. Die Contrahenten wollen, daß die Verpflichtung zur Leistung von dem Eintritt eines zur Zeit des Vertragsschlusses überhaupt oder wenigstens für die Contrahenten ungewissen Ereignisses oder von der Richtigkeit oder Unrichtigkeit einer von ihnen aufgestellten Behauptung abhängen soll.

Nicht die einzigen, aber zwei besonders häufige Arten solcher Verträge sind Spiel und Wette. Es ist ihnen gemeinsam, daß hier von dem Eintritt der Bedingung für die Leistung es zugleich abhängen soll, welcher der beiden Contrahenten dem andern zu leisten hat: der Verlierer soll dem Gewinner leisten. In ihrer Eingehung sind sie gegenseitige Verträge, denn Jeder sagt dem Andern eine Leistung zu; aber in ihrer Erfüllung sind sie einseitig, nur der Verlierer soll leisten, aber es ist vorläufig ungewiß, wer dies sein wird.

Der Unterschied von Spiel und Wette ist vielfach bestritten. Spiel im Gegensatz zur Arbeit ist Thätigkeit ohne Förderung, ohne Erfolg für die Zwecke der Menschheit. Eine juristische Bedeutung erlangt dasselbe, wenn mehrere Personen zusammen spielen und von dem Ausgang des Spiels vermögensrechtliche Wirkungen abhängig machen. Derjenige soll gewinnen, welcher den entscheidenden Umstand durch seine nach vorher verabredeten oder ein für allemal feststehenden Regeln erfolgte Thätigkeit herbeigeführt hat. Dabei ist es gleichgültig, aus welchem Motiv gespielt wird, ob um der Langen-

---

[1]) Wilda die Lehre von dem Spiel, Ztschr. f. D. R. II. 2. 1839 S. 133 bis 193. — Wilda die Wette, daselbst VIII. S. 200—239. — Felix Bruck über Spiel und Wette (Inaug.-Dissert.). Greifsw. 1868. — Krügelstein über den begrifflichen Unterschied von Spiel und Wette. Leipz. 1869. — Heinzerling die Wette nach der Rechtsprechung des O.A.Ger. in Darmstadt, Arch. f. prakt. R. W. N. F. XI. S. 109—126. — Windscheid § 419, 420. — Thöl Handelsrecht § 304—306. — v. Gerber § 193, 194, Beseler § 112, Gengler Lehrbuch S. 724—738. — Grefe II. § 103, Paulsen § 116, Baumeister I. § 55, Heimbach § 252, Reyscher II. § 470.

weile zu entgehen, oder um sich anzuregen oder um Gewinn zu machen[2]).

Bei der eigentlichen Wette stehen sich entgegengesetzte Behauptungen der Parteien gegenüber und soll derjenige, dessen Behauptung sich als irrig herausstellt, gewissermaßen als Strafe für seine falsche Behauptung, die verabredete Leistung thun. Daß das Strafgeld dem Andern als Gewinn zufalle, ist nicht erforderlich; es kann auch an einen Dritten, z. B. an eine Wohlthätigkeitsanstalt fallen sollen[3]). Ob der Eine oder der Andere für seine Behauptung gute Gründe hat oder nicht, ist gleichgültig; es kommt lediglich darauf an, daß Behauptung gegen Behauptung steht.

Spiel und Wette sind keine kontradiktorischen Gegensätze; auch ein Wettvertrag kann durch die Thätigkeit der Parteien entschieden werden sollen[4]). Wenn sich die Behauptungen der Parteien darüber gegenüberstehen, ob sie durch ihre Thätigkeit einen gewissen Erfolg herbeiführen werden, so besteht eine Wette, und es wird diese Natur des Geschäfts dadurch nicht alterirt, daß die Parteien selbst thätig werden[5]). Den Wetten gleichzustellen sind auch solche Fälle (unechte Wetten), in denen kein Meinungsstreit vorhergegangen ist, sondern die entgegenstehenden Behauptungen nur aufgestellt werden, um von ihrer

---

[2]) Wilda VIII. S. 209 sagt im Widerspruch mit andern Stellen seiner Arbeit, das Spiel, welches zur Unterhaltung, zur Verkürzung der Zeit bestimmt sei, büße seinen Charakter ein, sobald die Absicht zu gewinnen überwiege.

[3]) Wilda VIII. S. 212; dann liegt ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten vor.

[4]) Unrichtig Emminghaus S. 598 no. 24 (Jena), daß die Entscheidung der Wette von einem rein zufälligen Ereigniß abhängig sein muß.

[5]) C. Max. Bav. IV. 12. § 6 no. 7: „Dafern die Sach nicht zum Ausgang kommen kann, ohne daß vorher einer oder beede wettende Theil etwas thun, so verliehrt derjenige die Wett, welcher das, was er thun soll, geflieſſener Weis nicht thut oder hindert, z. E. da man mit einem um die Oberhand im Lauffen oder Schieſſen wettet, und derselbe ohne ehehafter Hindernuß nicht lauffen oder schieſſen will, so hat er die Wett verlohren."

Es bleibt eine Wette, wenn die Parteien darüber streiten, wer der bessere Schachspieler sei und derjenige, welcher sich als solcher durch das Spielen herausstellt, vom Andern die verabredete Leistung erhalten soll. Er gewinnt die Summe, nicht weil er besser gespielt hat, sondern weil seine Behauptung begründet ist, daß er der bessere Spieler sei. — Auch dies ist vielfach bestritten, vgl. z. B. Walter § 374.

Richtigkeit oder Unrichtigkeit Gewinn oder Verlust abhängig zu machen, — wo also gestritten wird, um zu wetten[6]).

Da der Sprachgebrauch des gemeinen Lebens häufig darüber nicht entscheiden wird, ob eine Wette oder ein Spiel oder etwas Drittes vorliegt, und die Gesetze keine festen Kriterien für das Wesen von Spiel und Wette aufstellen, so herrscht in der Theorie eine große Unsicherheit über die Abgrenzung der beiden Verträge gegeneinander[7]) und kann es im einzelnen Fall sehr zweifelhaft sein,

---

[6]) Thöl § 306 stellt sie neben die Wetten und Spiele und bezeichnet sie als „unechte Spiele oder unechte Wetten oder Spielwetten." — Was wir unechte Wetten nennen, bezeichnen Andere als Spiel, z. B. Wilda VIII. S. 209: „Jede Aufstellung von Behauptungen, wenn es den Parteien gar nicht um diese zu thun ist, wenn sie nur benutzt wird, um Gewinn und Verlust davon abhängig zu machen, wird zum Spiel", S. 213, 219 f., 228 f. (in Uebereinstimmung mit Hagemann Erört. VII. no. 129). — Ebenso ist es nach Windscheid § 419 N. 3 ein Spiel, wenn „die Bedingung, von welcher Gewinn und Verlust abhängig gemacht wird, das Sein oder Nicht-Sein, Eintreten oder Nichteintreten einer Thatsache ist, welche die Parteien lediglich zur Entscheidung über Gewinn oder Verlust benützen"; vgl. auch § 420 N. 1. — Es würde also ein Spiel sein, wenn die Parteien Behauptungen aufstellen, für welche sie keine Gründe haben, z. B. wenn bei einem Pferderennen Jemand, bloß um zu wetten, behauptet, daß ein Pferd siegen werde, welches er gar nicht kennt. Diese Ansicht wird in solchen Fällen undurchführbar, wo der Eine bloß um zu wetten, um zu wagen die Behauptung aufstellt (also nach Wilda, Windscheid u. A. spielt), dagegen der Andere Grüude für seine Behauptung hat und sie im Ernst ausspricht (also wettet). — Auch in der Praxis hat die hier bekämpfte Ansicht vielfach Eingang gefunden, Seuffert II. 291 (Dresden: die Wette gehe in ein Spiel über, wenn Gewinn der Zweck der Contrahenten sei), Budde Entsch. VIII. S. 163 (Seuffert XXXI. no. 228). — Vgl. dagegen v. Gerber § 194 N. 1, Krügelstein S. 37 f., 42 f., 58 ff.

[7]) Thöl Verkehr mit Staatspapieren 1835 S. 235—272, besonders S. 257 ff., 267 ff. nimmt ein Spiel an, wenn die Interessenten auf das Eintreten des Thatumstandes hinwirken, so daß sie den Ausgang des Kontrakts durch ihre Thätigkeit herbeiführen, dagegen eine Wette, wenn sie „den nach dem Vertrag entscheidenden Thatumstand in keiner Weise herbeiführen." In der That ist ein Spiel ohne Thätigkeit der Parteien oder von Personen, welche für sie diese Thätigkeit vollziehen, undenkbar. Aber nicht überall, wo eine derartige Thätigkeit vorhanden ist, liegt ein Spiel vor; sie widerspricht nicht der Wette; vgl. oben N. 5; gegen Thöl vgl. Wilda VIII. S. 208 ff., v. Gerber § 193 N. 2, Seuffert II. 291 (Cassel).

Bruck S. 64 ff. leugnet den von uns vertheidigten Gegensatz, weil auch beim Spiel eine Meinungsverschiedenheit vorhanden sei. Dies ist nicht richtig.

welches Rechtsgeschäft vorliegt. Und doch ist die Unterscheidung von großer Wichtigkeit, da sowohl nach gemeinem Recht als nach zahlreichen modernen Gesetzen die Rechtswirkungen von Spiel und Wette verschieden sind. Wegen der Unsicherheit der Grenze erscheint es daher de lege ferenda geboten, beide Verträge in ihren Rechtswirkungen einander gleich zu stellen[8]).

Es spielt nicht bloß, wer meint, daß er besser spielen und gewinnen werde. Ueberdies legen wir nicht auf das Vorhandensein, sondern auf das Aussprechen der verschiedenen Meinungen und darauf Gewicht, daß die richtige Ansicht belohnt werden soll. Sehr wohl ist es möglich, daß durch das Aussprechen verschiedener Meinungen ein Spiel zur Wette wird; oben N. 5.

Bruck's eigene Ansicht geht dahin, daß Spiele zum Vergnügen und um einen mäßigen Preis (eigentliche Spiele) kein juristisches Interesse haben; wenn dagegen Verlust dem Vermögen des Spielenden droht, enthalte der Vertrag alle charakteristischen Merkmale der Wette und erscheine als Species der letztern; Geldspiel und Wette seien für den Juristen völlig identische Begriffe (Oestr. GB. § 1272: „Jedes Spiel ist eine Art Wette"); das Geldspiel sei ein eigentliches Spiel mit einer daran geknüpften Wette. — Abgesehen davon, daß, wie der Verf. selbst S. 76 anerkennt, das Kriterium des „mäßigen Preises" viel zu schwankend ist, können sich doch auch an ein Spiel mit mäßigen Sätzen Rechtswirkungen knüpfen. Auch vertheidigt er seine Ansicht nur de lege ferenda und hält für die gemeinrechtlichen Länder an der Gültigkeit des Röm. Rechts fest; da nun dieses die Rechtswirkungen von Spiel und Wette unterscheidet, bedarf es auch für die Zukunft der Sonderung beider Begriffe.

Verwandt ist die Ansicht von Laband, in d. Ztschr. von Goldschmidt XIX. S. 639 f.: „Die Spieler wetten über den Ausgang des Spiels"; „bei dem Spiel wird eine Wette geschlossen zum Zweck des Spiels, bei der Wette zum Zweck der Bestrafung des ungerechtfertigten Widerspruchs, der ungerechtfertigten Behauptung", und ebenso Grünhut Börsen- und Maklerrecht 1875, in s. Ztschr. (Sep. Abdr. S. 53 f.).

Krügelstein, besonders S. 65 f. stimmt im allgemeinen mit der obigen Darstellung überein. Den von uns als unechte Wette bezeichneten Fall erklärt er — wogegen nichts einzuwenden ist — nicht für eine Wette, sondern für eine andere Art der erlaubten und klagbaren sponsio (S. 29); nur ist es unrichtig „eine gegenseitige bedingte Schenkung" anzunehmen, denn es fehlt an der Absicht den andern reicher zu machen, an der liberalitas.

[8]) Dafür Thöl Verkehr S. 260 N., Bruck S. 73 ff., A.Ger. z. Leipz. bei Emminghaus S. 597 N. 23. — Gleichgestellt sind beide Verträge im C. civ. 1962, Oestr. GB. 1272, Sächs. GB. § 1480. Irrig behauptet Walter § 374 die allgemeine Gleichstellung im geltenden Recht.

II. Wetten.

1. Wette ist der Vertrag, wonach derjenige, dessen Behauptung sich als irrig ergeben wird, dem Andern eine Summe als Strafgeld zu zahlen verspricht[9]).

Während im Mittelalter[10]) nach einigen Rechtsquellen die Wetten überhaupt unklagbar[11]) und hohe Wetten (Ueberwetten)[12]) auch mit Strafe bedroht waren[13]), scheint die allgemeinere Rechtsauffassung dahin gegangen zu sein, daß nur Ueberwetten klaglos seien, dagegen solche Wetten eingeklagt werden dürfen, welche bedächtlich oder ernstlich geschlossen sind und keinen unehrbaren oder lästerlichen Gegenstand betreffen[14]). Insbesondere wird dann an

---

[9]) Wette (wadium) bedeutet ursprünglich die beim Abschluß des Vertrages übergebene Sache, sei es ein wirkliches Pfand, sei es ein Symbol zum Zeichen für die Ernstlichkeit der Willenserklärung, vgl. oben II. § 146 N. 4, 5; Stobbe in der Ztschr. f. RG. XIII. 218 ff., Sohm Eheschließung S. 34 ff. So heißt wetten einen bindenden Vertrag schließen. Später bedeutet Wette das Versprechen einer Strafzahlung oder die zu leistende Strafe selbst, und so kommt Wette schließlich zur Bedeutung eines Vertrages, bei welchem die Contrahenten sich ein Strafgeld für den Fall einer unrichtigen Behauptung zusagen, Grimm Rechtsalterth. S. 601, 621, Wilda VIII. S. 217, Sohm S. 42 ff., 45, 46.

[10]) Ueber Wetten im deutschen Mittelalter Wilda Ztschr. VIII. S. 220 bis 225; sämmtliche Quellenstellen sind übergegangen in Kraut § 189 no. 16 bis 23. Aus den Lübischen Stadtbüchern theilt Pauli Lüb. Zustände II. 1872 S. 72 ff. eine große Zahl von Wettverträgen des 15. Jahrhunderts mit; einige politische Wetten S. 74 ff. Manche der angeführten Verträge sind aber keine Wetten, sondern aleatorische Sponsionen anderer Natur.

[11]) Wetten und Ueberwetten sind klaglos, Regensburg (Kraut no. 18); ebenso Wetten bei Pferderennen, Syst. Schöffenrecht (Kraut no. 16). Auch aus einer gerichtlich abgeschlossenen Wette kann nicht geklagt werden, Magd. Sch. U. bei Wasserschleben I. S. 236 f.

[12]) Daß dies der Sinn von überwetten sei, Wilda S. 221. Dasselbe bedeutet wohl auch afterwett in Nürnberg (Kraut no. 20).

[13]) Wilda S. 221 f. — Grimm V. S. 571 § 10. — Purgoldt III. 98: man darf nicht seine Glieder verwetten. Ueber das Verwetten seines Leibs und seiner Glieder in Gedichten Grimm Rechtsalterth. S. 621. — Wir sagen noch: ich setze meinen Kopf, ich will meinen Hals verlieren.

[14]) Ziemliche Wetten und ohne böse List sind gültig, Purgoldt III. 98; wer die Wette bekennt, soll zahlen; leugnet er, so darf man ihn nicht überführen, Bamberg. Stdtr. § 37 (Zöpfl Urk.B. S. 13). Nur Ueberwetten oder Afterwetten

der Gültigkeit des Vertrages nicht gezweifelt, wenn der Wettpreis bei einer dritten unbetheiligten Person hinterlegt ist[15]), oder wenn Zeugen zugezogen sind und der Weinkauf getrunken ist[16]), oder ein Dritter die Hände der Wettenden auseinander geschlagen hat[17]).

2. Da nach Römischem Recht entsprechende Grundsätze gelten, so sind Wetten auch nach modernem Recht gültig und klagbar, wenn sie in ernstlicher Weise eingegangen sind[18]). Das gilt aber nur für die Länder des gemeinen Rechts; Partikularrechte bestimmen anders.

---

sind klaglos, Kraut no. 19, 20. — Wetten unter 60 Schillingen sind klagbar und beweisbar, Lübeck Kraut no. 17; Wilda S. 222 meint, daß auch höhere Wetten gültig waren und die Bestimmung des Lübischen Stadtrechts sich nur auf die Beweisbarkeit beziehe. Jedenfalls zweifelte man in späterer Zeit zu Lübeck nicht an der Gültigkeit der höheren Wetten, wie sich daraus ergiebt, daß man die betreffenden Verträge im Stadtbuch verzeichnete.

Auch ist beachtenswerth, daß manche derartige Verträge nicht gegenseitig waren, sondern nur Einer eine Leistung verspricht, wenn sich seine Behauptung nicht bewahrheiten sollte.

Wette wegen eines Wettlaufs in Lörsch und Schröder Urkk. no. 340 (299). — Im J. 1501 (Städtechroniken XI. S. 631) wettet Jemand zu Nürnberg in Bezug auf einen Wettlauf sowohl mit dem Laufenden, als auch mit andern Personen. — Ebendaselbst XI. S. 757 im J. 1469 eine Wette, ob ein Verbrecher hingerichtet werden wird.

[15]) Wiener Stadtr. (Schuster) art. 47: hintz einem phantner. — Wette „setzen", Städtechroniken XI. S. 631 (Nürnberg).

[16]) Kraut § 139 no. 17, Lörsch und Schröder Urkk. no. 340 und daselbst N. 2.

[17]) Malchiner Stadtr. des 16. Jahrh. (Ztschr. f. RG. X. S. 143).

[18]) Wilda S. 225 ff., Baumeister I. S. 368 N. 20 und so fast alle neueren Schriftsteller. — Buchka und Budde III. no. 28 S. 100 ff., Seuffert XXVII. 182, XXXII. 231.

Walter § 374 erklärt die Wettschulden für „jedenfalls" unklagbar und macht im übrigen einen Unterschied zwischen 3 verschiedenen Arten von Wetten je nach dem Gegenstand des Streits. — De lege ferenda erklärt sich gegen die Klagbarkeit v. Ihering Geist des R.R. III. 1 S. 331 N. 452: „für den Verkehr haben diese Verträge gar kein Interesse, das gesellige Leben gehört nicht vor das Gericht, wer spielt und wettet, möge zusehen, mit wem er es thut. Der einzige Grund, der sich für ihre Klagbarkeit anführen läßt, ist das Dogma von der abstrakt verbindenden Kraft der Verträge — damit könnte man aber auch eine Klage auf den ersten Walzer begründen." Vgl. auch v. Ihering Jahrbb. IV. S. 100.

Nach dem Preußischen Landrechte I. 11. § 579 findet eine Klage nur statt, „wenn die Wette sogleich baar gesetzt und entweder gerichtlich oder in die Verwahrung eines Dritten niedergelegt worden“ [19]). Die meisten anderen Gesetzbücher aber sprechen den Wetten die Klagbarkeit ab[20]).

3. Von der allgemeinen Klagbarkeit der Wetten nach Römischem Recht bestand eine Ausnahme für die über ein Spiel abgeschlossenen (L. 3 D. XI. 5); klagbar sollen sie nur sein, wenn sie eines der fünf nach Römischem Recht erlaubten Spiele zum Gegenstand haben. Betrachtet man diese Römische Bestimmung noch weiter als gültig, so kommt man, weil jene fünf Spiele bei uns unbekannt sind, entweder dazu alle Wetten über Spiele, alles Pariren[21]), oder die Wetten über die gegenwärtig in Deutschland als strafbar verbotenen Spiele für ungültig zu erklären[22]). Letztere Annahme erscheint als die konsequentere.

Andere Einschränkungen, welche vielfach behauptet werden, lassen sich nicht begründen, so, daß nicht in gewinnsüchtiger Absicht[23]), oder daß nicht hoch gewettet werden dürfe und daß, wenn es geschehen, der Richter ein Moderationsrecht, die Befugniß habe

---

[19]) Was heißt „baar setzen“? Bruck S. 61 f. — Dresden. Entw. 869: der Gewinner kann die Auslieferung der Wettsumme verlangen, wenn sie „vor Entscheidung der Wette hinterlegt worden ist.“

[20]) C. civ. 1965, Oestr. GB. 1271, Sächs. Ges. vom 11. Apr. 1864 § 6, Sächs. GB. 1480 (über das ältere Sächs. Recht Schwarze und Heyne Untersuchungen wichtiger Materien 1844 S. 84 ff.), Zürich. GB. 1773, Schweiz. Obl. R. art. 512. — Vereinzelt steht die Bestimmung des Preuß. Ldr. I. 11 § 581, daß zu Wetten oder zur Bezahlung des Wettverlustes gegebene Gelder nicht eingeklagt werden sollen.

[21]) Preuß. Ldr. II. 20 § 1302: „das Wetten oder sogenannte Pariren, ist wenn es auch bei erlaubten Spielen geschieht, dennoch dem Hazardspiele gleich zu achten.“ — Wenn Bruck S. 50 f. gegen Wilda S. 227 ff. polemisirt, der allgemein die Wetten auch über erlaubte Spiele für klaglos erklärt, so kommt er doch zu demselben Resultat, da er als erlaubt nur die Römischen fünf Spiele bezeichnet.

[22]) So Sächs. Spielmandat v. 1766 (Wilda S. 228).

[23]) Dies vertheidigt Hagemann Erörter. VII. no. 129, Wilda S. 229 f., Gengler (3. Aufl.) S. 430; vgl. dagegen aber Bruck S. 51 f., Krügelstein S. 45 ff. — Das Zürich. GB. 1774 giebt das Rückforderungsrecht, wenn in gewinnsüchtiger Absicht gewettet wurde.

den Wettpreis herabzusetzen. Das mittelalterliche Verbot der Ueberwetten, welches übrigens auch in einzelnen neueren Partikularrechten vorkommt[24]), läßt sich nicht aus dem ältern Recht für die Gegenwart suppliren[25]).

4. Regelmäßig versteht man unter Wetten solche Verträge, bei welchen Jeder der beiden Streitenden für den Fall, daß er Unrecht hat, sich der Zahlung einer Wettsumme unterwirft[26]). Daß die Summen, welche jeder der Streitenden verspricht, gleich seien, ist nicht nothwendig[27]). — Nach denselben Grundsätzen wie die gewöhnlichen Wetten sind aber auch solche Verträge zu behandeln, bei welchen nur Einer der Wettenden, falls er Unrecht haben sollte, dem Andern eine Wettsumme bezahlen will[28]); wo Wetten klagbar sind, gilt das auch für diese Verträge[29]).

Ungültig ist eine Wette, wenn sie darauf abzielt einen unsittlichen oder verbotenen Zweck zu erreichen oder wenn Einer der

---

[24]) Haubold § 295ª Zus. 2, Würtemb. Ldr. II. 24, C. **Max. Bav.** IV. 12. § 6 no. 2. — Nach dem Zür. GB. 1774 besteht das Rückforderungsrecht, wenn eine „nach den Personen und Umständen" unmäßige Wettsumme bezahlt ist.

[25]) Es vertheidigen dies als geltendes Recht Wilda S. 230 ff., Beseler § 112 N. 3, Gengler (3. Aufl.) S. 430; dafür auch die Praxis von Darmstadt (vgl. Heinzerling a. a. O. S. 117 ff.) und Dresden (Emminghaus S. 596 no. 19, 22); dagegen Bruck S. 52 ff., Krügelstein S. 52 ff., v. Gerber § 194 N. 6. — Wünschenswerth ist allerdings eine solche Bestimmung, falls man nicht etwa zukünftig die Wetten überhaupt für klaglos erklären will.

[26]) Daß nur dies eine Wette sei, nehmen z. B. das Oestr. 1270 und Zürich. GB. 1770 an.

[27]) C. **Max. Bav.** IV. 12. § 6 no. 6: „der großen Ungleichheit halber" kann keine Wette angegriffen werden; man darf 10 gegen 1 wetten. — Eine Wette von 5 Thaler gegen 200 Thaler wird mit Rücksicht auf die Ungleichheit der Vermögensverhältnisse der Wettenden für gültig erklärt, Seuffert II. 292 (Cassel).

[28]) „Eine einseitge, halbe Wette", v. Jhering Jahrbb. IV. S. 101; solche Wetten kommen schon im Mittelalter vor, N. 14. — Dem steht der Fall gleich, daß die Wettsummen in gar keinem Verhältniß zu einander stehen, wie: ein Kreuzer gegen 1000 Thaler, Seuffert XVI. 217.

[29]) Windscheid § 420 N. 5, v. Jhering Jahrbb. IV. S. 100, Emminghaus S. 596 no. 19 u. s. w. Verfehlt ist aber die Begründung, es liege eine bedingte Schenkung (Bl. für Rechtspfl. Thüring. XIX. S. 283 ff.,

Wettenden dolos verfährt. Ein dolus ist nicht schon darin zu finden, daß er wettet, obgleich er bestimmt weiß, daß er Recht hat[30]), sondern nur wenn er sich den Anschein giebt, nicht genau unterrichtet zu sein und dadurch den Andern zur Wette verleitet[31]).

III. Differenzgeschäft[32]).

Während beim gewöhnlichen Lieferungsgeschäft der Verkäufer, welcher zur kontraktmäßigen Zeit nicht liefert, vom Käufer auf Lieferung oder Leistung des Interesses, und der nicht zur rechten Zeit abnehmende Käufer auf Abnahme oder das Interesse beklagt werden kann, und dieses Interesse sich als Differenz zwischen dem verabredeten Preise und dem Börsenpreise der Waare zur Lieferungszeit herausstellen kann, wird beim reinen Differenzgeschäft weder Lieferung noch Abnahme intendirt, sondern ein Lieferungsgeschäft in der Tendenz simulirt, daß für die beim Geschäft angegebene Quantität Waare die Differenz zwischen dem am Lieferungstage, dem sg. Stichtage herrschenden und dem verabredeten Preise berechnet werden und diese Differenz, wenn der Preis gestiegen ist, der Verkäufer dem Käufer, im Fall des Sinkens der Käufer dem Verkäufer zahlen soll (sg. Börsenspiel). „Papier, Waare sind nicht das bestimmende Objekt der eingegangenen Operation, sondern nur das Instrument, vermittelst welches in den beiden Chancen der Hausse und Baisse von den Parteien eine Gelegenheit zum Gewinne gesucht wird“[33]).

Schwarze und Heyne Untersuchung wichtiger Materien 1844 S. 88 ff.) oder eine Conventionalstrafe vor (Bruck S. 62, Krügelstein S. 24, Förster II. § 133 N. 20); zur Schenkung fehlt es am animus donandi, zur Conventionalstrafe an der Beziehung auf die Erfüllung einer Verbindlichkeit. — Dagegen erklären einseitige Wetten für ungültig Regelsberger civilrechtl. Erörterungen S. 206 f., Seuffert XVI. 217 (Jena), Emminghaus S. 597 no. 22 (Dresden).

[30]) Anders Emminghaus S. 597 no. 22, 23.

[31]) Preuß. Ldr. I. 11. § 580, Oestr. GB. § 1270, Zürich. GB. § 1772, Wilda S. 233 ff., Krügelstein S. 32 ff.

[32]) Thöl Verkehr mit Staatspapieren 1835 S. 230 ff., 235 ff. — Grünhut das Börsen- und Mäklerrecht und seine Neugestaltung in Oesterreich. 1875 (Sep. Abdr. aus s. Ztschr.) S. 49—65.

[33]) Grünhut S. 50. — Vgl. auch Goldschmidt Ztschr. IX. S. 582 f., Entsch. des ROH.Ger. VI. S. 224 f., XV. S. 279 f., XVII. S. 42. — Ein

Das reine Differenzgeschäft ist ein der Wette verwandtes Geschäft; aber es ist keine Wette, weil kein Meinungsstreit, sondern nur eine Meinungsdifferenz wie bei jedem Spekulationsgeschäft vorliegt[34]); und ebenso wenig ein Spiel, denn nach Abschluß des Vertrages findet kein Spielen der Parteien statt[35]). Vielmehr ist es ein eigenartiger gewagter Vertrag, welcher als Lieferungsgeschäft simulirt ist[36]). Man darf nicht, weil Wetten oder Spiele unerlaubt oder klaglos sind, das Differenzgeschäft für klaglos oder unerlaubt erklären. So lange es in dem Partikularrecht — denn das Handelsgesetzbuch enthält keine Vorschriften — an Bestimmungen fehlt, welche das Differenzgeschäft oder aleatorische Verträge im weitern Umfange verbieten, ist es als gültig und klagbar zu behandeln[37]).

Beispiel eines reinen Differenzgeschäfts, bei welchem nicht einmal eine Simulation vorliegt, Goldschmidt Ztschr. IX. S. 583. Ueber die Seltenheit desselben Malss in Goldschmidt's Ztschr. IV. S. 5 ff.

[34]) Für eine Wette erklärt es z. B. Förster II. § 128 N. 80, § 133 N. 16: es bestehe — was aber ganz indifferent ist — eine Meinungsverschiedenheit über Sinken oder Fallen des Werths; Bruck S. 76 f..

[35]) Für ein Spiel erklärt es z. B. Brinckmann Handelsr. § 90 N. b, Beseler II. § 228 N. 32, Windscheid § 419 N. 3, Walter § 375: „ein reines die Gewinnsucht reizendes, gefährliches Glücksspiel".

[36]) Thöl Verkehr S. 237 ff., 248 ff., 268 („eine neue Species von gewagten Geschäften"), Handelsrecht § 307 (eine sponsio, der keine causa inhonesta zu Grunde liegt); v. Gerber § 179 N. 7 (eine nicht verbotene Art der bedingten Verträge, Sponsionen); Ladenburg in Goldschmidt's Ztschr. III. S. 452 ff., 456 f., Krügelstein S. 70 ff., Seuffert XXII. no. 236 (Berlin), Grünhut S. 55 ff. — Sehr schwerfällig ist Grünhut's S. 55 Construktion: „ein Kaufvertrag mit Hinzufügung eines bedingten Rückkaufs- und Wiederverkaufsvertrages und mit vertragsmäßig festgestellter Ausgleichung durch Compensation der gegenseitigen Verpflichtungen, soweit diese einander decken." — Gegen die „nicht verbotene und daher klagbare Sponsion" Endemann § 120 N. 8.

[37]) Die Gesetzgebung und Praxis ist heutzutage sehr mannigfaltig:

a) Klaglosigkeit nach Sächs. Recht; unerlaubtes Spiel oder unerlaubte Wette, Langenn und Kori III. S. 115 ff., Haubold § 295ᵇ N. x; Sächs. GB. § 1482: nach den Vorschriften über Spiel und Wette zu beurtheilen (d. h. keine Klage und keine Einrede, aber auch keine condictio indebiti), vgl. auch Goldschmidt Ztschr. IX. S. 582 f., Entsch. d. ROH.Ger. XVII. S. 322 ff., XXI. S. 99 f. — Zürich. GB. § 1403, Schweiz. Obl.R. art. 512. — Baden: verbotenes Spiel, Goldschm. Ztschr. I. S. 315. XII.

§ 194. Fortsetzung. Das Spiel.

1. Der Spielvertrag war nach altdeutschem Recht erlaubt und klagbar[1]). Der Gewinner hatte eine Klage auf Bezahlung der Spielschuld gegen den Verlierer[2]), aber nicht gegen seine Erben[3]). Um zur Bezahlung zu gelangen, durfte er den Verlierenden, so lange er sich noch im Spielhaus befindet, an dem, was er bei sich führt, pfänden[4]), nach einzelnen Rechten auch festhalten, bis er be-

---

S. 309 ff. (Mannheim). — Mecklenburg: Goldschmidt Ztschr. IX. S. 581 ff. (Seuffert XXII. 235, Rostock). — Hannover: Ztschr. f. Hannov. R. VIII. S. 84 ff. (Seuffert XXX. no. 28 Celle). — Französ. Praxis, Goldschmidt Ztschr. I. S. 325 ff., XII. S. 563, XXVI. S. 240, Grünhut S. 50 ff. N.

b) Gültigkeit: Preußisches Recht; alle Verbote der Lieferungsgeschäfte, welche man zur Beseitigung der Differenzgeschäfte erlassen hatte, sind durch das Gesetz vom 1. Juni 1860 aufgehoben. Förster II. § 128 N. 80, § 133 N. 16 ist gegen die Klagbarkeit, weil das Differenzgeschäft eine Wette und diese nach Preuß. Recht nur klagbar ist, wenn sie baar gesetzt ist. — Oestr. Gesetz v. 1. April 1875 betreffend die Organisirung der Börsen § 13 (Goldschmidt's Ztschr. XXI. S. 260); früher war es in Oestreich klaglos (z. B. Goldschm. IX. S. 583 f.). — Genf: Gesetz v. 22. Febr. 1860 (Grünhut S. 65 N.). — Die ältern Hamburger Verbote werden in der Praxis von Hamburg nicht beachtet. — Ebenso klagbar nach der Praxis von Wolfenbüttel, Berlin, Nürnberg (Seuffert XI. 236, XXII. 236, XXVIII. 242).

[1]) Nach Tacitus Germania c. 24 spielten die alten Deutschen, cum omnia defecerunt, extremo ac novissimo jactu de libertate ac de corpore, d. h. sie verspielten ihre Freiheit und ihre Glieder. Noch im Wiener Stadtr. (Schuster) art. 51 muß es verboten werden, seine Gliedmaßen zu verspielen.

[2]) Nach dem Sachsenspiegel waren Spielschulden klagbar, sie sollen nur nicht gegen die Erben eingeklagt werden, I. 6. § 2, vgl. III. 6. § 1, 2. — Sonstige Belege bei Kraut § 139 no. 9, 10, Wilda in d. Ztschr. f. D. R. II. 2. S. 146 f., Bruck S. 27. — Nach dem Bamberger R. § 37 ist die Spielschuld klagbar, darf aber vom Beklagten abgeleugnet werden; dagegen kann sie nach dem Iglauer (Tomaschek Oberhof S. 110 § 98) und Wiener R. (Schuster art. 51, 52) mit Zeugen bewiesen werden; über das Wiener Recht vgl. auch Stobbe in d. Ztschr. f. RG. XIII. S. 246 ff. — Klagbarkeit auch nach dem Hamburg. Stdtr. v. 1497 O. 13; erst am Anfang des 18. Jahrh. erklärt man sich für die Klaglosigkeit (Baumeister I. S. 365).

[3]) Stobbe in Bekker's u. Muther's Jahrb. V. S. 326, Lewis Eintreten des Erben S. 87 ff., Bruck S. 28.

[4]) Augsburg. R. (Meyer) art. 137 Abs. 2, Prager R. 18, Bamb. RO.

zahlt[5]). Aber seit dem 13. Jahrhundert wurde in vielen Städten die Klagbarkeit aufgehoben[6]), dagegen vorläufig noch die Selbsthülfe durch Pfändung gestattet[7]). Indem nur noch partikularrechtlich das Spielen auf Borg rechtliche Wirksamkeit behält, heißt es jetzt: Jeder kann soviel verspielen, als er bei sich führt; der Gläubiger darf nur verlangen, daß er ihm dies zur Bezahlung überlasse[8]). Aber es treten auch Beschränkungen ein: man kann wohl das Geld, welches man bei sich hat, nicht aber seine Sachen verspielen[9]); oder es wird die Pfändung verboten; man darf beim Spiel nicht zur Bezahlung genöthigt werden[10]).

---

no. 87 (Zöpl S. 157), Kraut no. 3, 8, 11, Wilda S. 146 ff., 154, v. Meibom Pfandr. S. 221 N. 109; man kann ihn bis auf das Hemde ausziehen, Wiener R. (Schuster) art. 48.

[5]) Lüneb. R. c. 36 (Kraut S. 53); läuft er fort, so ist er ledig (also keine Klage), Gothaisches Recht bei Purgoldt XI. 93, Glosse zum Sachsensp. (Kraut no. 3). — Nach der Gesellschaftsordnung der Schuhmacherknechte von Freiburg 1484 (Schanz Gesch. der deutschen Gesellenverbände 1877 S. 225) soll der Verlierer das Haus nicht eher verlassen, als bis er mit baarem Geld oder einem Pfand genug gethan oder sich sonst mit dem Gewinner auseinander gesetzt hat; wer dies übertritt, erleidet eine Geldstrafe und ist treulos. — An einigen Orten war es verboten, den Verlierer festzuhalten, Rechtsb. n. Dist. IV. 36 d. 8, Purgoldt VIII. 58, Augb. R. (Meyer) S. 219 Abs. 2, R. von Eßlingen von 1331 bei Wilda S. 146.

[6]) Kraut no. 3, 6, 11, 14, Wilda S. 149 f., 154 f., 165 N. 1, Bruck S. 32 f. Außerdem Augsb. R. (Meyer) S. 219 letzter Abs., Münchener R. art. 143, Glogauer Rechtsb. 488, 489, Purgoldt VIII. 58, Königsgrätzer Rechtsspr. bei Gaupp Stadtr. II. S. 265 no. 7. — Die Spielschuld soll auch dann nicht klagbar sein, wenn der Verlierer ein besonderes Versprechen geleistet oder Bürgen gestellt hat, Augsb. R. (Meyer) S. 219 2. und letzter Abs., Kraut no. 11.

[7]) Auch die Pfändung wird verboten in Memmingen, Wilda S. 153.

[8]) Selbst Haussöhne können, was sie bei sich tragen, verspielen, nur nicht etwas, was ihrem Vater gehört, Iglauer R. c. 65 (Tomaschek deutsch. R. in Oesterr. S. 256 f. und die dort angeführten Stellen) Glogauer Rechtsb. c. 490, Stadtr. von Höxter § 8 (Gengler Stadtr. S. 202), Purgoldt VIII. 58, Wilda S. 152, Bruck S. 29 f., vgl. auch Franklin Beiträge zur Reception S. 78 ff. — Da diese Bestimmungen sich nur auf Haussöhne beziehen, ist wohl anzunehmen, daß andere Leute mehr verspielen können, ihre Spielschulden also gültig waren.

[9]) Wismarer Willkür bei Burmeister Alterth. d. Wism. Stdtr. S. 10.

[10]) Magdeb. Fr. I. 20 d. 1. — Zulässig ist es, daß der Verlierer seine Sachen während des Spiels verpfändet, z. B. Zürich. Richtebrief bei Bluntschli

An vielen Orten ging die Gesetzgebung weiter: besonders seit dem 14. Jahrhundert erklärte sie nicht bloß die Spielschulden für unklagbar, sondern erließ auch Strafverbote[11]), sei es daß bei Strafe gewisse Spiele oder Spielarten[12]) oder das hohe Spiel[13]) oder das Spielen bei Nacht[14]) oder an andern als an den besonders privilegirten Orten[15]) oder (seltener) überhaupt das Spiel verboten wird[16]). Auch durfte die Obrigkeit dem Gewinner seinen Spielgewinn abnehmen[17]). Aber selbst wenn es sich um ein verbotenes Spiel handelt, darf der Verlierer seinen Verlust nicht von dem Gewinner zurückverlangen. Wenn auch eine Spielschuld nicht eingeklagt werden kann, so ist sie doch immer ein debitum und wenn sie einmal bezahlt ist, besteht keine condictio indebiti[18]). Nur wer Geld durch

---

Zürich RG. I. S. 294, Bamb. BO. bei Zöpfl Urk.B. S. 157; dagegen wird dies verboten zu Augsburg im J. 1377 (Meyer S. 219). — Stobbe in d. Ztschr f. RG. XIII. S. 246.

[11]) Wilda S. 155 ff., 183 ff., Bruck S. 34; einige Nachträge zu ihnen in den folgenden Noten. Nach Wilda S. 155 ist das älteste Verbot zu Göttingen im J. 1301 erlassen; noch älter, aber vom Röm. Recht beeinflußt ist die Bestimmung des Landshuter Stadtr. v. 1279 § 19.

[12]) Braunschw. Statt. bei Pufendorf IV. p. 118 f., Münchener Stdtr. art. 343—345, 506, Iglauer BO. v. 1348 (Tomaschek Oberhof S. 116 f.), Baseler Ges. v. 1534 § 34 (Rechtsquellen I. no. 256), Schanz Gesellenverbände S. 220, 226, 270 § 23. — Verbot jedes Spiels außer mit der Armbrust Grimm Weisth. V. S. 571 § 9, außer „Schachczabel" Leipz. Polizei-BO. v. 1463 (Leipz. UB. I. no. 365); Sächs. LandesO. v. 1446 und 1556 (Emminghaus S. 594 no. 5, 7).

[13]) Münch. R. (vgl. N. 12), Kraut no. 10, Grimm Weisth. V. S. 571 § 9, Churpfälz. Ldr. v. 1582 II. 26 Abs. 4 („Das gefährliche theure Spiel"); den Gesellen ist es erlaubt, um kleine Beträge zu spielen, Schanz S. 182, 270 § 22.

[14]) Straßburger Statut v. 1249 § 13, Augsburg. R. (Meyer) S. 219 Absatz 4.

[15]) Grimm W. V. 129 § 43.

[16]) Prager Stdtr. art. 18, es wird gewissen Klassen das Spiel verboten, z. B. Grimm W. V. 349 § 18.

[17]) Bremer Stdtr. v. 1303 art. 12 (Oelrichs S. 41), Iglauer BO. v. 1348 (Tomaschek Oberhof S. 116 f.), Brandenburger Edikt von 1565 und Rügenwalder Bestimmung v. 1609 bei Wilda S. 158 N*, S. 161 f. — Der Gewinner soll den halben Gewinn an die Obrigkeit abgeben, R. v. Memmingen v. 1396 bei Wilda S. 164.

[18]) Die meisten Arbeiten erörtern diesen wichtigen Punkt gar nicht. Den

Betrug oder von handlungsunfähigen Personen gewonnen hat, muß es zurückgeben[19]).

2. Da diese Grundsätze in mehrfacher Hinsicht vom Römischen Recht abweichen, handelte es sich nach der Reception darum, in wie weit sie dem fremden Recht gegenüber aufrecht zu erhalten oder zu modificiren wären[20]). Das Römische Recht unterscheidet erlaubte und unerlaubte Spiele, erlaubt sind einzelne wenige bestimmt aufgeführte gymnastische Spiele, welche höchstens um einen solidus gespielt werden dürfen. Die übrigen (unerlaubten) Spiele sind nicht mit Strafe bedroht, aber entbehren der civilrechtlichen Wirkungen. Wer in einem erlaubten Spiel gewinnt, hat entgegengesetzt den spätern Bestimmungen des deutschen Rechts eine Klage auf Bezahlung des Gewinnes. War aber das Spiel unerlaubt, so kann er nicht bloß nicht auf Bezahlung seines Gewinnes klagen, sondern er unterliegt auch, wenn er die Bezahlung erhalten hat, der Rückforderungsklage des Verlierers.

Da man in Deutschland auch nach der Reception daran festhielt, daß das Spiel unter Umständen strafbar sei, konnte es zunächst nicht zweifelhaft sein, daß die nach Römischem Recht unerlaubten Spiele nicht ohne weiteres mit Strafe zu belegen seien. Unerlaubtheit im römischen Sinne und Verbot im deutschen Sinne durfte nicht zusammenfallen. So versuchte man sich mit dem Römischen Recht dadurch abzufinden, daß man nicht bloß die gym-

---

obigen Satz enthält das Prager Stdtr. art. 18 und die Magdeburger Pol.O. bei Kraut no. 12. Nach dem Augsb. Stdtr. art. 56 § 1 S. 126, art. 137 Abs. 1, 3 S. 219, art. 140 § 2 S. 221 soll man wiedergeben, was man unmündigen Kindern abgewonnen hat; für andere Personen gilt, daß wer sich äffen läßt, den Schaden hat, art. 56 § 1. — Die meisten Quellen äußern sich über diese Frage nicht, selbstverständlich diejenigen nicht, welche das Spiel nicht verbieten, aber auch solche, welche es bestrafen. Aus ihrem Schweigen ergiebt sich, daß was verspielt ist, verspielt bleibt. —

Nur in zwei ältern Stadtrechten findet sich die condictio indebiti, welche hier aber dem Römischen Recht entnommen ist, so im Recht von Landshut von 1279 § 19, welche Quelle bekannter Weise auch sonst Römisches Recht enthält, und in dem an dasselbe sich direkt anschließenden Deggendorfer Stdtr. v. 1316 § 27 (Gengler C. D. mun. I. p. 730).

[19]) Brünner Stdtr. art. 483, Const. Sax. ined. no. 22, Sächs. Recht bis 1766 (Schletter Kursächs. Constitt. S. 117 f.), Augsb. R. in der vor. Note.

[20]) Dogmengeschichtliche Mittheilungen bei Wilda S. 173 ff.

nastischen Spiele, qui virtutis causa fiunt, sondern auch die Spiele zur Anregung und Beschäftigung des Geistes (sg. Kunstspiele) im Gegensatz gegen diejenigen, bei welchen der Zufall entscheidet (Hasard) für erlaubt erklärte; oder man zählte zu den erlaubten auch die sg. gemischten, bei denen Geschick und Glück entscheidet, und verbot lediglich die reinen Hasardspiele[21]). Oder indem man von dem Römischen Recht ganz absah, legte man Gewicht auf die Höhe des Pointirens, gestattete Hasardspiele unter Voraussetzung niederer Sätze und verbot auch die Kunst- und gemischten Spiele bei hohem Satz[22]). Diese Rechtsverschiedenheiten und Zweifel sind durch das deutsche Strafgesetzbuch art. 284 beseitigt, welches nur denjenigen bestraft, welcher aus dem Glücksspiel ein Gewerbe macht: nur der von einem gewerbsmäßigen Spieler geschlossene Spielvertrag ist strafbar und zwar auch nur auf seiner Seite.

3. Man stritt weiter darüber, wie es mit den civilrechtlichen Folgen des Spiels stünde, ob man wie die Römer unterscheiden solle zwischen erlaubten Spielen, aus denen der Gewinner eine Klage auf Bezahlung des Spielverlustes hat, und unerlaubten Spielen, aus denen der Verlierer gegen den Gewinner auf Rückgabe des bezahlten Spielverlustes klagen kann, und ferner ob man in dieser Beziehung die nach Deutschem Recht nicht verbotenen den nach Römischem Recht erlaubten Spielen gleichstellen dürfe.

a) Darf auf Bezahlung des Spielverlustes geklagt werden?

---

[21]) Diese Dreitheilung der Spiele fand gesetzliche Anerkennung im C. Max. Bav. IV. 12 § 5.

[22]) C. Max. Bav. IV. 12 § 5 no. 3: erlaubt sind Kunst- und gemischte Spiele bei „nach eines jeden Stand, Charakter oder Vermögen" angemessenem Satz; verboten und strafbar ist das hohe Pointiren und das reine Hasard, ohne daß in letzter Beziehung auf hohes oder niedriges Pointiren Rücksicht genommen wird. — Das Preuß. Ldr. II. 20 § 198 erklärt für unerlaubt die Hasardspiele nur dann, „sobald aus der Beschaffenheit der spielenden Personen, des Einsatzes und der übrigen Umstände erhellt, daß selbige aus Gewinnsucht gespielt werden"; gemischte und Kunstspiele erscheinen auch bei hohem Pointiren als erlaubt. Andere Verbote aus neuerer Zeit bei Grefe II. § 103, Reyscher II. § 470.

Mit Unrecht behauptet Wilda S. 183 f. auch für solche Gebiete, denen es an Strafverboten fehlt, die Strafbarkeit des Spiels und verstößt damit gegen die Regel: nulla poena sine lege. Vgl. im übrigen auch gegen Wilda Thöl 304 N. 2.

An Stelle der ursprünglichen Klagbarkeit der Spielschulden war, wie oben ausgeführt ist, im Laufe des spätern Mittelalters ziemlich allgemein die Unklagbarkeit getreten: in diesem Sinn haben sich auch zahlreiche neuere Gesetze ausgesprochen[23]). Einzelne wenige Partikularrechte geben eine Klage auf den Gewinn aus erlaubtem Spiel, wenn der Satz ein mäßiger war[24]).

Wo es gegenwärtig an besondern Vorschriften fehlt, ist die Klaglosigkeit zu behaupten. Das Römische Recht bestimmt sie gleichfalls als Regel und macht nur zu Gunsten einzelner weniger Spiele eine Ausnahme. Da diese nach Römischem Recht erlaubten Spiele gegenwärtig nirgends in Uebung sind, ergiebt sich auch mit Rücksicht auf das gemeine Recht die Klaglosigkeit als Regel[25]). Man darf den Spielvertrag nicht dann für klagbar erklären, wenn sich das Spiel innerhalb der Grenzen geselliger Unterhaltung hält[26]). Dies Kriterium ist dem Römischen, aber auch dem Deutschen Recht fremd. Denn das letztere unterscheidet zwischen verbotenen und erlaubten Spielen nur mit Rücksicht auf Strafbarkeit und Straflosigkeit, macht aber unter den letzteren keine weitern Unterschiede

---

[23]) Nürnb. Ref. v. 1522 VI. 19, Preuß. Ldr. I. 11. § 577, Oestr. GB. § 1272 vgl. mit 1271 (keine gerichtliche Klage wegen „redlichen und sonst erlaubten Spiels"), Sächs. GB. 1480 und wörtlich übereinstimmend Sächs. Ges. vom 11. Apr. 1864 § 6 („Forderungen aus Spiel .... können weder mittelst Klage noch mittelst Einrede geltend gemacht werden"); Heymbach § 252 N. 1, Reyscher II. § 470, Paulsen § 116, Schweiz. Obl. R. art. 512.

[24]) C. Max. Bav. IV. 12. § 5: Klage auf Bezahlung des in Kunst- oder gemischten Spielen verlornen, wenn der Satz ein mäßiger war. — C. civ. 1966: Klage bei les jeux propres à exercer au fait des armes, les courses à pied ou à cheval, les courses de chariot, le jeu de paume et autres jeux de même nature, qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps. Das Gericht darf aber, wenn die Summe übermäßig erscheint, rejeter la demande. — Das Zürich. GB. § 1768 läßt nicht bei allen von ihm als erlaubt behandelten Spielen die Klage zu, sondern nur bei solchen, „welche eine erhebliche und ehrbare Anstrengung der Geistes- und Körperkräfte der Spielenden erfordern"; es unterscheidet also zwischen unerlaubten und erlaubten und, was die erlaubten Spiele betrifft, wieder zwischen klagbaren und unklagbaren.

[25]) Wilda S. 180 ff., Thöl § 304 N. 2. — Daß aus dem Billardspiel keine Klage zusteht, Strube Bed. IV. no. 131, V. no. 9, — daß höchstens die römischen Spiele klagbar seien, Seuffert I. no. 345, IX. no. 289, XIII. no. 94, XXXI. no. 139 (Celle, Rostock), Grefe II. § 103 S. 397.

[26]) So Windscheid § 419, ähnlich Baumeister I. S. 366.

in Betreff der civilrechtlichen Wirkungen. Vielmehr ergiebt sich aus der geschichtlichen Entwicklung des Mittelalters und der neueren Zeit, daß die deutsche Rechtsauffassung auf die Klaglosigkeit des Spiels hinaus ging[27]). Wir dürfen also nicht den Römischen Satz, welcher unmittelbar keine Anwendung mehr finden kann, auf eine doch nur durch willkürliche und schwankende Kriterien bestimmte Gattung der nicht strafbaren Spiele übertragen[28]).

---

[27]) Ich kann es Windscheid § 419 N. 7 nicht zugeben, daß wenn die deutschen Rechtsquellen aus dem Spiel auf Borg keine Klage gewähren, „sie unter Spiel auf Borg ein Spiel verstehen, bei welchem demjenigen, welcher erklärt, nicht im Besitze von Geld zu sein, das zu Verlierende im Voraus creditirt wird, nicht aber ein Spiel, nach dessen Beendigung ein Mitspieler erklärt, er sei augenblicklich nicht im Besitz von Geld und bitte daher ihm das Verlorene einstweilen zu crebitiren." Vielmehr ergeben die Quellen, daß der Richter überhaupt nicht wegen Spielschulden urtheilen soll, gleichviel wie sie entstanden sind.

[28]) Das O.A.Ger. zu Dresden (vgl. Ztschr. f. Rechtspfl. und Verwaltung. XLV. S. 139) will unter den nicht strafbaren Spielen noch erlaubte und verbotene unterscheiden. Nach § 285 des Str.GB. sei strafbar „der Inhaber eines öffentlichen Versammlungsorts, welcher Glücksspiele daselbst gestattet". Es müsse daher ein in einem solchen Versammlungslokal betriebenes Spiel, „obgleich die Theilnehmer daran als solche nicht mit Strafe bedroht sind, doch auch den letzteren gegenüber als ein gesetzlich verbotenes" angesehen werden. Ich vermag nicht die Schlüssigkeit der Argumentation anzuerkennen. — Ueber die Frage, ob eine Spielschuld durch einen Anerkennungsvertrag klagbar wird, vgl. oben § 167 N. 20. Ebenso wie nach dem dort angegebenen Citat das ROH. Gericht entschieden hat, entscheidet auch das O.A.Ger. zu Dresden in dem eben besprochenen Erkenntniß. — Gegen die Wirksamkeit der Anerkennung erklärt sich Hasenöhrl Oestr. Obligat. R. I. 1. S. 41. — Ist über sie ein Wechsel ausgestellt, so kann der Schuldner nur dem Gewinner, nicht aber einem dritten Erwerber des Wechsels die Zahlung verweigern; vgl. auch Hasenöhrl Oestr. Obligat. Recht I. S. 37 N. 46. — Auch die Bürgschaft für Spielschulden ist ungültig, Seuffert XXX. no. 245. — Nicht eigentlich hieher gehört die regelmäßig in diesem Zusammenhang behandelte Frage, ob wer wissentlich Geld zum Spiele hergeliehen hat, es einklagen darf. Ob sich die Klaglosigkeit auf das Röm. Recht stützen läßt, ist zweifelhaft (Windscheid § 420 N. 7); dem ältern deutschen Recht ist sie unbekannt. Wenn sie in spätern Gesetzen ausgesprochen wird, so hat hier wohl die gemeinrechtliche Doktrin eingewirkt (Nürnb. Ref. 1522 VI. 19, 1564 XIII. 5; Kurheff. BOO. bei Pfeiffer prakt. Ausführungen IV. S. 83; Reyscher II. § 470, Preuß. Ldr. I. 11. § 581 (Entsch. des ROH.Ger. XVI. S. 299 ff., XVIII. S. 110 f.), Zürich. GB. § 1769, Schweiz. Obl. R. art. 512; einzelne Citate bei Wilda S. 191 N. 2. Unklag-

b) Daß soweit das Spiel erlaubt ist, der Spielverlust nicht zurückgefordert werden kann, ist selbstverständlich. Das ältere Deutsche Recht kannte aber überhaupt keine Rückforderung des Spielverlustes, während sie nach Römischem Recht beim unerlaubten Spiel gestattet war. Die Partikularrechte haben mit Rücksicht auf das unerlaubte Spiel in der Gesetzgebung und in der Praxis verschiedene Richtungen eingeschlagen:

α) Es findet keine Zurückforderung statt, außer wenn Betrug stattgefunden hat oder das Geld handlungsunfähigen Personen abgewonnen ist[29]).

β) Nicht in der Tendenz, daß der Verlierer sein Geld wieder bekommen, sondern daß der Gewinner nicht aus einer unerlaubten oder gemißbilligten Handlung Vortheil haben soll, bestimmen andere Gesetze, daß der Verlierer oder seine Verwandten und schließlich der Fiskus[30]), oder daß überhaupt der Fiskus das Rückforderungsrecht habe[31]).

---

bar sei ein Darlehn, welches ein Mitspieler giebt, Const. Sax. ined. 23, Schletter Kurs. Constitt. S. 124. — Diese Gesetze sind nicht so zahlreich, daß man ein entschiedenes deutsches Rechtsbewußtsein in dem Sinn behaupten dürfte, um auch da, wo es an Vorschriften fehlt, Darlehen zum Spiel für unklagbar zu erklären, Pfeiffer prakt. Ausf. IV. S. 75—87, Windscheid § 420 N. 7; anderer Ansicht Wilda S. 190 ff. Auch Bruck S. 46 vgl. mit S. 14 f. behauptet, daß das gemeine Recht modificirt sei und daß das wissentlich zu einem unerlaubten Spiel geliehene Geld nicht zurückgefordert werden könne; ebenso Seuffert XXXIII. no. 27, XXX. no. 245 (Celle, München), Hauser Ztschr. IV. S. 236 ff. (München). — Gengler (3. Aufl.) S. 433 N. 18 sagt, das Darlehen sei nur klagbar, „wenn das betreffende Spiel die Merkmale eines Muth- oder Kraftspieles darbietet."

[29]) Const. Sax. ined. 22 (Emminghaus S. 593 no. 2), Magd. Pol. O. 54 § 3 (Wilda S. 189 N. 6), C. civ. 1967, Schweiz. Obl. R. art. 514. Wilda S. 185 ff. vertheidigt dies als gemeines Recht und ihm haben sich die meisten Neueren angeschlossen.

[30]) Nürnb. Ref. 1522 VI. 19 (das soll aber nicht gelten bei Ritterspieß, Schießen, Schachzabel und geringem erlaubtem Spiel); Paulsen S. 196 (der Verlierende oder die Obrigkeit), Sächs. Spielmandat bei Haubold § 295[a] N. b und d (der Verlierende oder die Armenhauskasse).

[31]) Preuß. Ldr. I. 11. § 578 vgl. mit I. 16. § 172, 173; Zürich. GB. 1764 (an das Armengut abzuliefern; unerlaubt ist das Spiel in gewinnsüchtiger Absicht, besonders mit hohen Sätzen, sowohl Hasard- als Kunstspiel). — Zu weit

γ) Der Verlierer hat das Rückforderungsrecht[32]).

Was nun das Rückforderungsrecht in der Gegenwart betrifft, so kann es in den Ländern mit exklusiver Gesetzgebung natürlich nur gelten, wenn es ausdrücklich anerkannt ist. Dasselbe gilt für solche gemeinrechtliche Länder, in denen die civilrechtlichen Wirkungen des Spielvertrages geregelt sind und die Rückforderung nicht ausdrücklich dem Verlierer gestattet ist; es ist unzulässig diese Befugniß aus dem gemeinen Recht zu suppliren, vielmehr das Schweigen als Mißbilligung zu deuten. Wo es aber an Vorschriften über die civilrechtliche Behandlung des Spiels fehlt, kommt das Römische Recht zur Anwendung und kann der Verlierer das im verbotenen Spiel Verlorne zurückfordern. Da jedoch nach neuerem Recht (Strafgesetzbuch art. 284) nur das gewerbsmäßige Hasardiren verboten ist, so kann auch nur der gewerbsmäßige Spieler zur Rückgabe seines Spielgewinnes genöthigt werden.

§ 195. Lotterie und Ausspielgeschäft.

I. Lotterie[1]).

1. Lotterie ist das Unternehmen einer Person (des Unternehmers), zu Folge dessen sie mit mehreren Personen gleichmäßig Ver-

---

geht Wilda S. 192: „die Obrigkeit hat in der Regel das Recht, das verspielte Geld von dem Gewinner beizutreiben."

[32]) Hamb. R. (Baumeister I. S. 366 N. 9), C. Max. Bav. IV. 12. § 5 no. 3, 5, 9 (außer bei Kunst- oder gemischten Spielen mit niedrigen Einsätzen), Sächs. Spielmandat von 1766, Sächs. GB. § 1480, Sächs. Ges. vom 11. April 1864 § 6 (verboten ist „nur das gewerbsmäßige Betreiben von Glücksspielen, sowie die Betheiligung an solchen, dafern sie an öffentlichen Orten oder doch mit Zulassung von Jedermann veranstaltet werden", Entsch. des ROH.Ger. XVII. 323; vgl. auch die in N. 28 citirte Entsch. des Dresd. O.A.Gerichts und meine dortige Bemerkung).

Für das Rückforderungsrecht bei allen außer den nach Römischem Recht erlaubten Glücksspielen Seuffert I. no. 345, XIII. no. 94 (Celle), Bruck S. 45 N. 22 und die daselbst citirten Schriftsteller; Windscheid § 419 N. 8 (außer wenn sich das Spiel innerhalb der Grenzen geselliger Unterhaltung hielt), Beseler § 112 N. 6 (bei verbotenem Spiel), Gengler (3. Aufl.) § 123 N. 16, 17.

[1]) Hagemann Erörterungen V. no. 28. — K. Grolmann Versuch einer Entwickelung der rechtl. Natur des Ausspielgeschäfts. 1797. — Lange die Rechts-

träge dahin abschließt, daß sie ihnen gegen eine bestimmte Summe (ihren Einsatz) Loose mit Nummern giebt und sich verpflichtet, denjenigen unter ihnen gewisse Summen als Gewinn zu zahlen, welche sich durch ein besonders geregeltes Verfahren (das Ziehen der Loose) als Gewinner ergeben werden.

Der Lotterievertrag ist ein besonders gearteter Vertrag: er ist kein Spielvertrag[2]), denn der Ausgang ist nicht von der Thätigkeit des Unternehmers und der Loosnehmer abhängig. Es ist auch nicht fraglich, wer von den beiden Parteien verlieren wird. Der Loosnehmer hat den Einsatz und der Unternehmer hat den Gewinn zu bezahlen; es ist nur bis zu der Ziehung ungewiß, wer von seinen Contrahenten den Gewinn erhalten wird. Auch in den Wirkungen unterscheidet sich die Lotterie vom Spiel: wer im erlaubten Spiel gewinnt, hat keine Klage auf den Gewinn; wer in einer öffentlichen oder koncessionirten Lotterie gewinnt, hat eine Klage.

Um den Lotterievertrag als klagbar erscheinen zu lassen, haben ihn Andere eine emtio spei genannt[3]). Damit ist nichts weiter ge-

---

theorie von dem Ausspielgeschäft. 1818. — Bender die Lotterie. Heidelb. 1832 (Beilageheft zum 15. Bande d. Arch. f. civ. Praxis); hier S. 3 ff. über ältere Literatur, S. 8 ff. über die Geschichte der Lotterie; S. 221—282 Abdruck älterer Gesetze. — Neubert Spielvertrag, Lotterie, Ausspielgeschäft nach gemeinem und sächs. Recht 2. Aufl. 1838 (war mir unzugänglich). — Wolff die Rechtsverhältnisse zwischen dem Lotterie-Collekteur und dem Lotteriespieler bei der Klassenlotterie, Arch. f. prakt. Rechtswiss. N. F. VI. 1869 S. 133—157. — v. Gerber § 193, Beseler § 112, Gengler Lehrb. S. 739—753, Privatr. (3. Aufl.) S. 432 ff., Thöl § 304. — Reyscher II. § 471, Schmidt S. 473 ff., Förster II. § 128 N. 111 ff., Grefe II. S. 397 ff. — Kuntze Inhaberpapiere S. 492—494, Krügelstein Spiel und Wette. S. 4 ff. — Ausführliche Gesetzgebung im Preuß. Ldr. I. 11. § 547 ff.

[2]) Nach dem Oestr. GB. § 1273, 1274 sollen Privatlotterien im Gegensatz der Staatslotterien nach den Grundsätzen über Spiel und Wette beurtheilt werden. — Arnold praktische Erörter. S. 436 will die römischen Sätze über Spiel da anwenden, wo die Lotterie nicht ausdrücklich für erlaubt erklärt ist. — v. Gerber zählt die Lotterie auch zu den Spielen. — Beseler § 112 S. 470 sagt, es seien die wesentlichen Merkmale des Spiels vorhanden. Nach Beseler S. 468 ist Zweck des Spiels Unterhaltung und darf die Absicht des Gewinns nur zur Erhöhung des Spielreizes hinzutreten; wenn sie allein den Vertrag beherrscht, trete er aus seinem natürlichen Kreise heraus. Diese Charakteristik ergiebt, daß der Lotterievertrag im Sinne Beseler's kein Spiel ist.

[3]) Diese Auffassung ist sehr verbreitet, z. B. Bender S. 36, welcher

sagt, als daß es sich um ein aleatorisches Geschäft handelt, bei welchem derjenige, welcher die Chance eines Gewinns haben will, eine Zahlung zu machen hat. Wir bedürfen aber für unser Recht keiner römischen Parallele, um dem Unternehmer eine Klage auf Bezahlung des Looses, dem Gewinner auf Bezahlung des Gewinns zu geben.

2. Schon nach älterm Recht war das Unternehmen von Lotterien und Ausspielgeschäften nur mit obrigkeitlicher Erlaubniß zulässig[4]). Allgemein hat dann das deutsche Strafgesetzbuch art. 286 die Veranstaltung von öffentlichen Lotterien oder öffentlichen Ausspielungen ohne obrigkeitliche Erlaubniß für strafbar erklärt. Besondere Strafe trifft nach art. 360 no. 14 denjenigen, welcher „unbefugt auf einem öffentlichen Wege, einer Straße, einem öffentlichen Platze oder in einem öffentlichen Versammlungsort Glücksspiele hält." Partikularrechtlich ist weiter verboten der Vertrieb von Loosen auswärtiger Lotterien, das Collektiren[5]), oder auch das Spielen in auswärtigen Lotterien[6]), — Verbote, welche neben dem Strafgesetzbuch fortdauern[7]).

Wo das Spielen in einer auswärtigen Lotterie bei Strafe verboten, der Vertrag selbst aber nicht für nichtig erklärt ist, hat er civilrechtliche Wirksamkeit[8]): wer gegen das Verbot spielt, kann

---

unter Hoffnungskauf versteht „alle Fälle, wo Jemand gegen einen unbedingt zugesagten Geldbetrag Etwas unter einer zufälligen Bedingung verspricht", Eichhorn § 110 N. f., Gengler Lehrb. S. 741, Priv. R. (3. Aufl.) S. 432 f.: „ein in Spielform eingekleibeter Hoffnungskauf" u. s. w. — Als spes bezeichnen Einzelne den Gewinn selbst (z. B. Förster II. § 128, nach N. 111), Andere (z. B. Schmidt I. S. 473): „das eventuelle Forderungsrecht auf Auszahlung des auf das Loos etwa ausfallenden planmäßigen Gewinnes", noch Andere sprechen sich gar nicht darüber aus, was ihnen als Objekt des Kaufs gilt.

[4]) Aeltere Bestimmungen bei Bender S. 38 N. 1; sodann Preuß. Ldr. I. 11. § 547, II. 20. § 248, Zürich. GB. 1775, Sächs. GB. § 1481, Steinacker S. 283, Baumeister I. S. 367 f.

[5]) Nur dieses, nicht auch das Spielen in auswärtigen Lotterien verbietet das Sächsische Recht, Haubold § 295[b] N. c ff., Schmidt S. 474 f. Vgl. auch Reyscher § 471.

[6]) Preuß. Ldr. II. 20. § 249, VO. vom 5. Juli 1847, Baier. Ges. vom 14. Aug. 1810; Reyscher § 471, Bender S. 43 ff. u. s. w.

[7]) Sächs. Minist. Verfügung v. 19. Mai 1874.

[8]) Gengler (3. Aufl.) S. 438 sagt allgemein: „die Klagbarkeit des ganzen

seinen Gewinn gegen den Unternehmer einklagen[9]); haben mehrere zusammen ein Loos gespielt, so besteht unter ihnen eine Klage auf Theilung des Gewinns[10]).

3. Der Lotterievertrag zwischen dem Unternehmer und dem Spieler ist geschlossen, wenn ersterer (oder sein Collekteur) dem letzteren ein Loos einhändigt und dieser ausdrücklich oder stillschweigend erklärt, dasselbe spielen zu wollen. Sendet der Collekteur Jemand unaufgefordert ein Loos zu, so liegt darin nur eine Offerte zur Vertragsschließung. Durch das bloße Behalten (Nicht-Zurückschicken) unbestellt zugesendeter Loose wird kein Vertrag geschlossen: der Spieler ist weder verpflichtet den Einsatz zu zahlen noch berechtigt den Gewinn zu fordern[11]). Nach einzelnen Partikularrechten braucht, wer ein unbestelltes Loos behält, nicht den Einsatz zu bezahlen, kann aber, falls sein Loos gezogen wird, den Gewinn einklagen[12]); nach andern sollen Loose nur gegen Baarzahlung verkauft werden[13]) und hat der Unternehmer keine Klage auf Bezahlung der creditirten Loose, sondern darf nur kompensiren, wenn sie gewonnen haben (obligatio naturalis)[14]).

Geschäfts beruht auf dessen staatlicher Autorisation." Vielmehr versteht sich umgekehrt die Klagbarkeit von selbst, außer wo die Gesetzgebung Beschränkungen eingeführt hat.

[9]) Schletter Jahrb. VII. S. 24, Entsch. d. ROH.Ger. XIV. S. 221 f.

[10]) Arnold S. 441 ff., Berl. O.Trib. bei Seuffert XXXIII. 24. — Nach Bender S. 44 f. hat der fremde Collekteur keine Klage auf Bezahlung des Looses, sondern er kann nur compensando gegen den Gewinner seinen Anspruch geltend machen.

[11]) Zahlreiche Gesetze und Erkenntnisse bei Bender S. 53 ff., 59 ff.; ferner Lange S. 57 ff., Thöl § 237 N. 15, Förster § 128 N. 114, Wolff S. 135 f., Zürich. GB. 1778.

[12]) Hannov. Ges. v. 19. Apr. 1819 § 4, Haubold § 295[b] N. c, Steinacker S. 315 N. 6.

[13]) Preuß. Ldr. I. 11. § 557 ff.; nur begrenzter Kredit nach dem Hannov. Gesetz vom 19. Apr. 1819 § 6; vgl. auch Bender S. 134 ff., Baumeister I. S. 282 N. 12, Entsch. des ROH.Ger. IX. S. 55 ff.

[14]) Preuß. Ldr. I. 11. § 557, 558. — Koch zu § 552, 558 sagt, der Unternehmer habe das Forderungsrecht nur gegen den ursprünglichen Erwerber, nicht gegen den dritten Besitzer des Looses. Dies entspricht den allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechts, aber nicht den Bedürfnissen des Verkehrs. Ich nehme daher an, daß, was der Wortlaut des Gesetzes auch gestattet, der Unternehmer die Forderung gegen den Inhaber des Looses hat, welcher den

4. Der Unternehmer muß, falls das Partikularrecht ihn nicht günstiger stellt, die Ziehung vornehmen, auch wenn er nicht alle Loose abgesetzt hat; er darf nicht gegen Restitution der Einsätze nebst Zinsen vom Vertrage zurücktreten[15]). Da Loose regelmäßig auf den Inhaber gestellt werden und der Unternehmer nur gegen das Loos zu zahlen verpflichtet ist, kann der Inhaber des Looses den auf seine Nummer gefallenen Gewinn fordern[16]).

II. Ausspielgeschäft.

Wesentlich übereinstimmende Grundsätze gelten für das Ausspielgeschäft, bei welchem der Unternehmer gegen Geld (Einsätze) Loose seinen Contrahenten mit der Bestimmung übergiebt, daß derjenige, dessen Nummer gezogen wird, eine vom Unternehmer als Gewinn ausgesetzte Sache erhalten soll. Auch hier haben wir es mit einem eigenartigen Vertrage zu thun, welcher weder ein Spiel, noch eine Verbindung von Kauf und Spiel[17]), noch eine emtio spei[18]) ist, noch als Verkauf der Sache an die Gesammtheit der Spieler mit der Verabredung anzusehen ist, daß unter ihnen der Gewinner das Alleineigenthum der verkauften Sache erhalten soll[19]). Gegen die letztere Construktion insbesondere spricht 1), daß die einzelnen Spieler unter einander keine Gemeinschaft bilden; man müßte also annehmen, daß jeder Looseigenthümer Miteigenthümer der Sache

---

Gewinn fordert; vgl. auch § 555. Denn sonst brauchte der Debitor, welcher gar keiner Klage ausgesetzt ist, das Loos nur einem Dritten zur Einkassirung des Gewinnes zu übergeben, um gegen jede Geltendmachung der Forderung gesichert zu sein. Vgl. gegen Koch auch Förster II. 128 N. 121.

[15]) Ein solches Rücktrittsrecht gewährt ihm das Preuß. Ldr. I. 11. § 550—553; dasselbe vertheidigt allgemein ohne Grund Bender S. 75 f.

[16]) Preuß. Landr. I. 11. § 555, Zürich. GB. § 1779, Bender S. 78 f., Kuntze S. 492.

[17]) Gengler Lehrb. S. 751; nach S. 752 will er doch wohl das Spiel als entscheidend ansehen.

[18]) Lange S. 12 ff., Walter § 371 N. 2, Beseler § 112 N. 13.

[19]) Grolmann S. 45 ff., Mittermaier II. § 299 (bedingt abgeschlossener Kaufvertrag mit der Gesammtheit der Einsetzenden), Gerber, Gengler Priv.R. (3te Aufl.) S. 434, Krügelstein S. 4 ff. (bei ihm geht Verkauf an eine Mehrzahl von Contrahenten und Hoffnungskauf durch einander), Thöl § 304 (es wird unter den mehreren Käufern um die actio emti gespielt).

zu einem aliquoten Theil würde[20]) und seinen Theil verlöre, wenn sein Loos nicht gezogen würde; sodann würde 2) bei jener Annahme die Gefahr der Sache mit dem Absatz der Loose auf die Spieler übergehen, was aber in der That nicht der Fall ist[21]).

Eine singuläre Bestimmung enthält das Preuß. Landrecht I. 11. § 573, wonach der Gewinner, sobald sein Loos gezogen ist, Eigenthümer der Sache wird[22]).

§ 196. Leibrentenvertrag[1]).

I. Schon in ältester Zeit wurden verschiedene Rechtsgeschäfte geschlossen, um einer Person gegen ein bestimmtes Aequivalent eine lebenslängliche Versorgung oder Alimentation zu verschaffen. Es giebt Jemand dem Andern sein ganzes Vermögen oder ein ländliches Grundstück und läßt sich von ihm für seine Lebenszeit bestimmte Prästationen (Geldzahlungen, Naturalien zu bestimmten Terminen, eine allgemeine Pflege u. s. w.) versprechen[2]). Hier soll

---

[20]) Der Unternehmer müßte dann auch Miteigenthümer für die noch nicht abgesetzten Loose bleiben.

[21]) Ausdrücklich schließt diese Wirkung das Sächs. GB. § 1481 aus, indem das Geschäft in Rücksicht auf die Gefahr als bedingter Kauf erscheinen soll, Schmidt Vorlesungen S. 475. Gegen den Uebergang der Gefahr auf die Spieler erklärt sich auch Lange S. 203 ff., dagegen nimmt sie an Grolmann S. 50 f.

[22]) Nicht gehört der Fall hierher, daß mehreren Personen eine Sache zusammengehört und sie das Loos darüber entscheiden lassen wollen, wer das Alleineigenthum an ihr erhalten soll.

[1]) L. Rückert der Leibrentenvertrag 1857. — Eichhorn § 117—119, Mittermaier § 301, v. Gerber § 191, 192, Gengler Lehrb. S. 678—689, Priv.R. (3te Aufl.) § 122, Bluntschli § 132, Walter § 377—379. — Thöl I. § 311, 312. — Reyscher II. § 442, Zachariä II. § 387—390, Förster II. § 129, Schmidt I. § 118. — Geschichtliches bei Stobbe Beiträge zur Geschichte des deutschen Rechts S. 25—35.

Preuß. Ldr. I. 11. § 595 ff., 606 ff., Oesterr. GB. § 1284—1286, C. civ. 1968—1983, Bad. GB. 1983a ff., Sächs. GB. § 1150—1156, Zürich. GB. § 1691—1703, Schweiz. Obl. R. art. 517—523.

[2]) Stobbe S. 25 f. — Auch Belege bei Baumeister II. S. 364 N. 4, Stralsunder Stadtbuch (Fabricius) S. 119 no. 9. — Ueber die bäuerliche Leibzucht vgl. unten V. § 325.

von den schon seit dem 13. Jahrhundert[3]) besonders in den Städten vorkommenden Leibrentenverträgen gehandelt werden.

Gewöhnlich zahlt der Eine ein Capital und verspricht der Andere ihm lebenslänglich eine Rente an fest bestimmten Terminen zu zahlen. Aber es kommen auch mannigfache andere Geschäfte vor, die zum Versprechen einer Leibrente führen[4]). Von dem eigentlichen Rentenkauf (vgl. oben II. § 104) unterscheidet sich das Geschäft dadurch, daß die Rente nicht als ewige (höchstens vom Schuldner ablösbare) Verpflichtung bestellt wird, sondern mit dem Tode des Berechtigten ein Ende nehmen soll. Die Person des Verpflichteten kann ebenso wie beim eigentlichen Rentenkauf durch den Besitz eines Grundstücks bestimmt werden (Reallast), es kann aber auch die Verpflichtung unbedingt auf dem Contrahenten und seinen Erben lasten.

Leibrenten versprachen gelegentlich Privatpersonen, ganz besonders aber Landesherrn, geistliche Stifter, Klöster, Städte, Zünfte[5]). Bei Bestimmung des Verhältnisses der Rente zum einzuzahlenden Kapital nahm man auf das Alter des Berechtigten Rücksicht, indem man eine Art Wahrscheinlichkeitsrechnung anstellte, wie lange sein Leben etwa währen werde. Jedenfalls war mit Rücksicht auf die zeitlich beschränkte Dauer die Leibrente höher, als die ewige Rente, welche man für dasselbe Kapital versprechen konnte[6]). Es kommen

[3]) Das hohe Alter des Geschäfts wird regelmäßig nicht beachtet. Auch bei Rückert S. 5 findet sich die irrthümliche Behauptung, daß sich die ersten Spuren in Italien im 16. Jahrhundert finden. Und doch haben wir zahlreiche deutsche Leibrentenverschreibungen bereits aus dem 13. Jahrh. Auch untersucht schon Gaill (obss. II. 8), ob das Geschäft wucherlich sei, und verneint es.

[4]) Z. B. der Rath von Liegnitz schließt im J. 1481 mit einem Breslauer Maler einen Vertrag über Anfertigung eines Altarbildes ab; der Maler soll 270 Ungar. Gulden erhalten und zwar 170 Gulden baar; statt der übrigen 100 Gulden wird ihm und seiner Frau eine jährliche Leibrente von 8 Gulden versprochen (Anz. f. Kunde deutscher Vorzeit 1877 S. 296).

[5]) Stobbe S. 29 ff.; eine Augsb. BO. v. 1457 bei Meyer Augsburg. Stdtr. S. 296 f., besonders interessant sind die Nachrichten über Braunschweig in den Städtechroniken VI. S. 135 ff., 141, 147, 150 f.; über Zünfte Gierke Genossenschaftsrecht I. S. 379 N. 88. — In manchen Städten dürfen Privatpersonen keine Leibrenten verkaufen, Stobbe S. 31.

[6]) Stobbe S. 27 N. 5, S. 28 N. 6, S. 30; über Nürnberg im Jahre 1427 Hegel in den Städtechroniken II. S. 16.

die mannigfaltigsten Verabredungen vor: man kauft Leibrenten für sich, aber auch für dritte Personen; die Leibrente soll nicht schon mit dem Tode des ersten Berechtigten erlöschen, sondern nach demselben an eine andere Person gezahlt werden und erst nach deren Tode fortfallen[7]); es sollen sie mehrere Personen zusammen beziehen und zwar in der Art, daß nach dem Tode des Einen die überlebenden die ganze Rente erhalten und sie erst mit dem Tode des am längsten lebenden fortfällt[8]), sg. Tontinen[9]) u. s. w.

II. 1. Durch den Leibrentenvertrag verpflichtet sich der eine Contrahent gegen den andern, diesem selbst oder einer dritten Person zu bestimmten Terminen die Lebenszeit des Berechtigten hindurch fest normirte Geldzahlungen (oder sonstige Prästationen) zu machen. Der Regel nach ist das Geschäft ein oneroses, indem der Empfänger des Versprechens dem Verpflichteten als Aequivalent ein Kapital zahlt oder eine in Geld zu veranschlagende Sache überträgt[10]) oder selbst terminweise Zahlungen macht (so bei den Wittwenkassen die Ehemänner, nach deren Tode ihre Wittwen lebenslängliche Renten erhalten sollen). Aber auch schenkungsweise können Leibrenten versprochen werden, welche, abgesehen von einigen für den

---

[7]) Belege bei Stobbe S. 32 f., Städtechroniken VI. S. 155 N. 3, S. 157 c. 29, S. 175 c. 56, Hannov. Urk. B. no. 146, 253.

[8]) Beispiele aus dem Mittelalter bei Stobbe S. 34 f., Hannov. Urk.B. no. 245, 280.

[9]) Man nennt sie nach Lorenzo Tonti (unter Ludwig XIV); doch ist derselbe nicht — wie regelmäßig gesagt wird — ihr Erfinder, sondern er hat nur eine alte Geschäftsform in großartigerem Maßstabe zur Geltung gebracht. — Richtig sagt Hanow in der unten N. 20 anzuführenden Dissertation: a suo non quidem inventore, sed instauratore Tonty, Gallo quodam, qui eam inventionem excoluisse et ad necessitates regni Galliae accomodasse fertur.

[10]) Preuß. Landrecht I. 11. § 606—608: wird kein Kapital, sondern ein Grundstück, eine Gerechtigkeit oder andere Sache übertragen, so sollen sich die Contrahenten über einen bestimmten Geldwerth der Sache einigen. Wie steht es dann, wenn sie dies unterließen? Zweifellos liegt auch dann ein Leibrentengeschäft vor und es muß, falls es nothwendig wird, noch nachträglich die Schätzung des hingegebenen Objekts durch Sachverständige vorgenommen werden. — Oester. GB. 1284: „für Geld oder gegen eine auf Geld geschätzte Sache." — C. civ. 1968: moyennant une somme d'argent ou pour une chose mobilière appréciable ou pour un immeuble. — Zürich. GB. 1692. — Sächs. GB. 1151.

Fall der Auflösung des Geschäfts sich leicht ergebenden Modifikationen, unter denselben Regeln wie die gekauften Leibrenten stehen[11]). Im folgenden genügt es den titulo oneroso begründeten Leibrentenvertrag ins Auge zu fassen.

2. Der Leibrentenvertrag ist ein eigenartiger Vertrag. Er ist ein aleatorisches Geschäft, weil die Dauer der Verpflichtung zu den Leistungen von der ungewissen Lebensdauer des Berechtigten abhängt und trotz aller Statistik es sich nicht vorher berechnen läßt, ob die von beiden Theilen übernommenen Verpflichtungen in einem angemessenen Verhältniß zu einander stehen. Abgesehen davon, daß dem Leibrentenvertrage ein vom Berechtigten zu zahlendes Aequivalent nicht wesentlich ist, gewinnt man nur einen nichtssagenden Namen, wenn man ihn als Darlehn oder Kauf bezeichnet[12]). Denn nicht jedes Versprechen, für welches ein Aequivalent gegeben wird, ist ein Kauf und vom Darlehn unterscheidet sich das Geschäft dadurch, daß der Empfänger der Summe oder der Einzahlungen (bei Wittwenversorgungen) dieselben nicht zurückzugeben hat, sondern sich zu fortlaufenden Zahlungen verpflichtet.

3. Partikularrechte fordern für die Gültigkeit des Vertrages oft die schriftliche Eingehung[13]).

Wegen der Gefahr, daß der Verpflichtete bei langem Leben des Berechtigten ihm viel mehr zu zahlen hat, als die von diesem gezahlte Summe und ihre Zinsen betragen, pflegt das Geschäft von dem Verpflichteten nicht isolirt mit *einem* Berechtigten[14]), sondern

---

[11]) C. civ. 1969, 1970, Sächs. GB. § 1156.

[12]) Zachariä II. § 388 N.: Darlehn oder Kauf oder Schenkung. — *Gengler* Privatr. § 122 S. 425: Kauf *oder* Schenkung mit einer Verwendungsauflage, *oder* entgeltlicher Glücksvertrag *oder* gewagtes Geschäft. — *Förster* § 129 N. 12: Kaufgeschäft; Gegenstand des Kaufs seien nicht die einzelnen Renten, sondern das Recht auf die Rente. — Mit demselben Recht könnte man auch die Miethe einen Kauf nennen; man kaufe sich durch die Zahlung des Miethgeldes das Wohnungsrecht.

Nach Andern liegt ein Darlehn vor, *Rückert* S. 13, 23 f., *Thöl* § 311 (ein aleatorisches Darlehn; die einzelnen Rentenzahlungen seien Kapitaltheilzahlungen mit Zinsen und Zinseszinsen). — *Eichhorn* § 118 N. d: in dem Geschäft sei eine Wette enthalten.

Daß es ein selbständiger Vertrag sei, *Mittermaier* § 301 N. 5.

[13]) Preuß. Ldr. I. 5 § 136, Zür. GB. § 1691, Schweiz. Obl. R. art. 518.

[14]) Vgl. aber einen Fall bei *Seuffert* XXI. no. 42.

von Leibrentenanstalten (Staats- oder Gemeindeanstalten, Aktiengesellschaften oder sonstigen Instituten) abgeschlossen zu werden, welche solche Verträge nach festen Normen unter Berücksichtigung der statistischen Erfahrungen über die Lebensdauer mit zahlreichen Personen eingehen, um den in dem einzelnen Fall sich für sie ergebenden Schaden durch die Vortheile aus andern Geschäften auszugleichen[15]).

4. Der Contrahent, welcher das Aequivalent leistet, kann sich selbst die Rente versprechen lassen, aber auch zu Gunsten eines Dritten das Geschäft schließen, z. B. der Art, daß die Rente nach seinem Tode an seine Wittwe oder an seine Kinder gezahlt werden soll[16]). Die Höhe der Rente im Verhältniß zum geleisteten Aequivalent wird durch den übereinstimmenden Willen der Contrahenten festgestellt. Regelmäßig wird die Rente höher sein, als die Zinsen des gegebenen Kapitals oder des Werths der als Aequivalent geleisteten Sachen; denn andernfalls würde der Rentenberechtigte, welcher sein Kapital nicht wieder zurückempfängt, ein unbedingt schlechteres Geschäft machen, als wenn er es einfach sicher auf Zinsen ausliehe. Doch steht juristisch nichts entgegen, daß die Contrahenten eine Rente verabreden, welche den üblichen Zinsfuß nicht übersteigt[17]). Die Dauer der Rente kann mannigfaltig bestimmt werden: sie soll vom Abschluß des Geschäfts oder von einem bestimmten Ereigniß an (die Wittwenpension vom Tode des Ehemanns an) gezahlt werden; sie soll geleistet werden, so lange der Contrahent oder so lange der Dritte,

---

[15]) Vgl. über solche Anstalten Gierke Genossenschaftsrecht I. S. 1061 f., Neuling in Goldschmidt's Ztschr. XIII. S. 167 ff., Ladenburg ebendas. S. 179 ff., auch Gareis Verträge zu Gunsten Dritter S. 375 ff.

[16]) Ueber Rentenverträge zu Gunsten Dritter Pfeiffer in der Ztschr. f. D. R. IX. S. 441—486, prakt. Ausführ. VIII. no. 5 S. 222—286, Gierke I. S. 1060 f., Grefe I. § 107; oben § 172 N. 46, 47.

[17]) Preuß. Ldr. I. 11. § 610 und dazu Kab.O. vom 10. Juni 1835, daß die Natur des Geschäfts nicht geändert wird, wenn auch die Rente nicht höher ist, als der landesübliche Zinsfuß. — Ebenso daß die Festsetzung dem Belieben der Contrahenten unterliegt, C. civ. 1976, Zürich. GB. 1696, Mittermaier § 301 N. 14, Gengler Priv.R. (3. Aufl.) S. 425 N. 8.

Eine größere Höhe fordern Eichhorn § 118 N. e., v. Gerber § 192 N. 1, Walter § 377 N. 4, Rückert S. 23 ff. Gegen diese Begriffsbestimmung spricht, daß auch schenkungsweise ein Leibrentenvertrag begründet werden kann (vgl. auch Walter § 377 a. E.); wer dies leugnet, mischt die irrige Auffassung hinein, daß der Leibrentenvertrag eine Art Kauf sei.

dem die Rente zugewendet ist, oder der Versprechende lebt[18]). Die Vermuthung spricht dafür, daß sie während der Lebenszeit des Rentenempfängers zu zahlen ist. Soll sie dem Vertrage gemäß so lange gezahlt werden, als ein Dritter lebt, so ist sie, wenn dieser den Berechtigten überlebt, an die Erben des letzteren so lange zu zahlen, bis der Dritte stirbt[19]).

Sollen aus demselben Vertrage mehrere Personen neben einander berechtigt sein, so hat in dubio ein Jeder das Recht auf eine gleiche Quote. Ob nach dem Tode des Einen seine Quote zum Vortheil des Schuldners fortfällt, oder ob sie den andern Berechtigten accrescirt, so daß der längstlebende die ganze Rente bezieht, wie das bei den sg. Tontinen[20]) der Fall ist, hängt von den Verabredungen, resp. den Bestimmungen des Partikularrechts über solidarische oder Gesammtberechtigungen ab[21]).

Ist die Person, während deren Lebenszeit ein Anderer die Rente erhalten soll, zur Zeit der Vertragsschließung bereits todt, so ist das Geschäft nichtig, und demjenigen, welcher die Berechtigung erwarb, sein gezahltes Aequivalent zu restituiren[22]).

Wird das Ende der Verpflichtung durch dolus des Verpflichteten früher herbeigeführt, insbesondere durch Tödtung der Person, während deren Leben die Rente zu leisten ist, so läßt sich keine bestimmte Summe liquidiren, welche der Schuldner als Ersatz an den Berechtigten oder seine Erben zu zahlen hätte, da sich nicht bestimmen läßt, wie lange nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die Rente noch hätte fortgezahlt werden sollen. Nur dadurch ließe sich helfen, daß der Stand des Vermögens für beide Contrahenten so hergestellt würde, als wenn der Vertrag gar nicht wirksam ge-

---

[18]) Preuß. Ldr. I. 11. § 614, Oesterr. GB. 1285, C. civ. 1971, Zür. 1693, Sächs. GB. 1152.

[19]) Zür. GB. 1694. — Dagegen Sächs. GB. § 1153: „Soll die Dauer der Leibrente von dem Leben des Rentenschuldners oder eines Dritten abhängen, so ist die Rente, wenn nicht bestimmt worden, daß sie auf die Erben des Rentengläubigers übergehen soll, blos auf dessen Lebenszeit zu entrichten.“

[20]) Vgl. auch Dissert. Praes. Mich. Christophoro Hanovio quaestus Tontini mortalitatem defendet Scheunevogel. Gedani 1738 4⁰.

[21]) Nach dem Preuß. Ldr. I. 11 § 615, 616 ist in dubio Jeder nur pro rata berechtigt.

[22]) C. civ. 1794, 1795.

worden wäre; der Verpflichtete hätte das empfangene Kapital mit Zinsen und der Berechtigte die empfangenen Renten mit Zinsen zu restituiren. Da aber der Verpflichtete doloser Weise den Bestand seiner Verbindlichkeit verkürzt hat, ist in Partikularrechten positiv bestimmt, daß er das empfangene Kapital restituiren soll, ohne die bezahlten Renten abziehen zu dürfen[23]). Aehnliche Grundsätze treten dann ein, wenn die Verpflichtung so lange währen soll, als der Verpflichtete lebt, und wenn dann dieser sein Leben durch Selbstmord oder Todesstrafe verliert[24]).

Soll die Rentenberechtigung mit dem Tode des Berechtigten fortfallen, so würde die Rente an sich nur für diejenige Quote des Zeitraums (Jahrs) gefordert werden können, welche hindurch das Leben des Berechtigten gewährt hat[25]). Indessen soll sie nach Partikularrechten für den ganzen Zeitraum gezahlt werden, in welchen der Tod fiel[26]).

Geräth der Verpflichtete in Konkurs, so wird die Leibrentenforderung unter Zugrundelegung von Wahrscheinlichkeitsberechnungen zu Kapital veranschlagt und als Konkursforderung geltend gemacht[27]).

---

[23]) Preuß. Ldr. I. 11. § 621—624, Sächs. GB. § 1155.

[24]) Nach dem Preuß. Ldr. I. 11. § 626—630 soll das Kapital abzüglich der gezahlten Renten restituirt werden; nach dem Sächs. GB. § 1155 findet kein solcher Abzug statt.

Ueber andere partikuläre Auflösungsgründe Preuß. Ldr. I. 11. § 632 ff., dessen Sätze mehrfach nicht mit dem Oesterr. GB. 1286, 1695 übereinstimmen. — Ueber die Berechtigung des Rentenempfängers, wenn der Verpflichtete mit seinen Leistungen im Rückstande bleibt, Preuß. Ldr. I. 11. § 647, 648, C. civ. 1978.

[25]) C. civ. 1980.

[26]) Preuß. Ldr. I. 11. § 649, 650: in dubio für das ganze letzte Jahr; ebenso C. civ. 1980, wenn die Rente pränumerando zu zahlen ist. — Schweiz. Obl.R. art. 519: die Rente ist pränumerando zu zahlen (ebenso Oestr. GB. 1285, Sächs. GB. 1154) und es ist nichts zu restituiren, wenn der Tod nach dem Zahlungstermin eintritt.

[27]) Rückert S. 42 ff. — Preuß. Ger.O. I. Tit. 50. § 154, 155, Preuß. Konkurs-Ordn. § 62, Reichskonkurs-O. § 62, Zür. GB. 1702, Schweiz. Obl. R. art. 522.

Der Satz bei Hinrichs in Goldschmidt's Ztschr. XX. S. 434 N. 98 (der auch sonst vertheidigt wird), daß wenn die Zulänglichkeit des vorhandenen Vermögens einer Wittwenkasse für die dauernde Deckung des Bedürfnisses fraglich wird, die berechtigten Wittwen sich zeitweilig eine Reduktion ihrer Bezüge gefallen lassen müssen, darf nur da angewendet werden, wo er positivrechtlich anerkannt ist.

§ 197. Der Versicherungsvertrag[1]).

1. Verträge, in welchen der Eine verspricht dem Andern einen Schaden zu ersetzen, von welchem er möglicherweise betroffen werden könnte, kommen schon in alter Zeit in mehrfacher Anwendung vor[2]). Hervorzuheben ist der Vertrag über das Geleit, wonach der-

[1]) Benecke System des Assekuranz- und Bodmereiwesens (über Seeassekuranz). 4 Bände. Hamb. 1810, Band 5 (Zusätze) 1821, Wilh. Benecke System u. s. w. Vollständig und zeitgemäß umgearbeitet von Vincent Nolte 2 Bände. Hamb. 1851, 52. — Malß Betrachtungen über einzelne Fragen des Versicherungs-Rechtes, insbesondere der Feuer- und Lebensversicherung. Frankfurt a. M. 1862. — Malß Studien über Versicherungsrecht, insbesondere über Feuer- und Lebensversicherung, in Goldschm. Ztschr. VI. 1863 S. 361 bis 387, VIII. 1865 S. 369—390; Uebersicht über die neuere Rechtsprechung in nicht maritimen Versicherungssachen 1869, ebendas. XIII. S. 45—140, 418 bis 516. — Zeitschr. f. Versicherungswesen, herausgeg. von Malß 2 Bände 1866, 1868. — Endemann die Entwickelung des Assekuranzwesens, in der deutschen Viertelj. Schrift. 1865 Okt. bis Dez. no. 112. S. 97—139, ferner in Goldschmidt's Ztschr. IX. S. 284—327, 511—554, X. 242—315, Handelsrecht § 174, 175. — Gier über Wesen und rechtliche Natur der Versicherung, in Busch Archiv XXVI. (N. F. I.) 1872 S. 405—457. — Ludwig Cohn der Versicherungsvertrag nach allgemeinen Rechtsprinzipien. Breslau 1873 (dazu die Kritik von Laband in der Ztschr. f. Handelsr. XIX. S. 644—648). — Adler zur Charakteristik der Versicherungsprämie und Versicherungssocietät, in Hauser's Ztschr. f. Reichs- und Landesrecht II. 1875 S. 27—75. — Thöl Handelsrecht I. § 297—300. — Eichhorn § 111 ff., v. Gerber § 202, 203, Beseler § 111, Bluntschli § 140, 141, Walter § 380 ff., Gengler Lehrbuch S. 689 ff. — Förster II. § 145, Steinacker § 131—141, Reyscher III. § 751, 752.

Einzelnes zur Geschichte: Endemann in Goldschmidt's Ztschr. IX. S. 301 ff., Gierke Genossenschaftsrecht. I. S. 1049 ff. — Das Werk von Reatz Geschichte des Europäischen Seeversicherungsrecht. I. Leipz. 1870 bezieht sich leider nur auf Portugal, Spanien und Italien.

[2]) Bremer Statt. (Oelrichs) v. 1303. Ord. 39. S. 92: So we enen wilkore deyt wedher dhen anderen umme welkerleghe dinc dhat si, dhat he eme wedher antworden scole scadhelos unde dhes vullenkomen mach dhat he dhen wilkore wedher eme dan hebbe, nimt he dhar scadhen an und mach he dhes vullenkomen, dhen scadhen scal he eme ghelden; auch von 1428 I. c. 48. S. 342. — Dahin gehört auch das Depositum um Lohn, indem wer gegen Lohn eine Sache aufzubewahren übernimmt, dem Deponenten für den zufälligen Schaden einzustehen hat, Stobbe Vertragsrecht S. 227—230.

jenige, welcher einem Andern das Geleit zu leisten gegen Geld verspricht, für den Schaden einstehen muß, welcher ihm von Räubers- oder Feindeshand begegnet[3]). Auch scheinen schon dem Karolingischen Zeitalter Vereinigungen anzugehören, in welchen sich die Mitglieder gegenseitig zusagen den Schaden ersetzen zu wollen, welchen der Einzelne durch Schiffbruch, Brand u. s. w. erleiden würde[4]). Eigentliche Versicherungsanstalten wurden seit dem 14. Jahrhundert in Portugal, Spanien, Holland, Frankreich, England, erst seit dem 18. Jahrhundert in Deutschland gegründet, zunächst für See- und Brandschäden. Der neuesten Zeit gehören die mannigfaltigsten derartigen Anstalten an; es werden Versicherungen eingegangen auch gegen Hagelschaden, Viehsterben, den Ausfall von Hypothekenforderungen, Schäden durch Zerspringen von Spiegelglas, Beschädigungen und Verlust von Gütern auf dem Transport zu Lande oder auf Binnengewässern, ferner auch gegen den Schaden, welcher sich aus einer Versicherung ergiebt, sei es daß sich eine Versicherungsgesellschaft gegen den aus ihren Verträgen sich ergebenden Schaden durch Rück-

---

[3]) Sachsenspiegel II. 27. § 2: Sweme aver he geleide gift, die sal in scaden bewaren binnen sime geleide, oder he sal ne ime gelden; einige andere Stellen Stobbe S. 232. Vgl. auch G. L. Böhmer Rechtsfälle III. 2. 1802. S. 473 f.

[4]) Karl d. Gr. Cap. 779. c. 16 (Mon. LL. I. p. 37) spricht von Gilden, welche convenientias machten de illorum elemosinis aut de incendio aut de naufragio. Vgl. Gierke Genossenschaftsrecht I. S. 229 f. — Bestimmungen aus der Gragas bei Gier a. a. O. S. 410 f. — Dahin gehört auch die von Alexander III. 1155 für die Diözese von Rhodez bestätigte Vereinigung (Mansi XX. 889), auf welche ich durch Kluckhohn Geschichte des Gottesfriedens aufmerksam geworden bin: Ad ejusmodi . . . pacis et securitatis sustentationem . . . statutum est, ut abbates, archidiaconi, . . . omnes clerici, qui proprias ecclesias regunt, milites quoque et mercatores atque burgenses, qui facultatibus abundaverint, . . . XII denarios Ruthenenses . . . donent. Es wird dann bestimmt, wie viel andere Klassen der Bevölkerung zu zahlen haben. Quisquis autem res suas amiserit, postquam commune (die Abgabe) . . . . solverit, in integrum restituatur: si tamen certam personam, quae res sibi ablatas habeat, vel locum, ubi sunt, poterit demonstrare; sin autem minime. Si vero inimicos villas vel oppida depraedari vel diruere contigerit, res quidem mobiles emendabuntur de commune: sed damna rerum immobilium non restituentur, nisi quantum a malefactoribus poterit recuperari.

versicherung bei einer andern Gesellschaft zu schützen sucht, sei es daß ein Versicherter sich durch einen Vertrag mit einer zweiten Gesellschaft gegen die Gefahr versichert, daß durch Insolvenz der ersten Gesellschaft ihm sein Schaden nicht ersetzt wird, u. s. w.[5]). Dabei galt die Seeversicherung als Vorbild und man wandte regelmäßig die für sie ausgebildeten Rechtsgrundsätze in analoger Weise auf die andern Arten der Versicherung an[6]).

Da der Versicherungsvertrag, soweit er gegen Prämie abgeschlossen wird, unter den Grundsätzen des Handelsrechts steht (Hand. Ges. B. art. 271 no. 3) und über die Seeversicherung das Handelsgesetzbuch art. 782—905 sehr eingehende Vorschriften enthält, beschränken wir uns auf die allgemeinsten Umrisse des Vertrages und behandeln in ausführlicher Weise nur die den Versicherungsgeschäften verwandte Lebensversicherung (§ 198).

2. Im Versicherungsvertrag verspricht der Versicherer (eine einzelne Person oder eine Gesellschaft oder eine juristische Person, oft auch der Staat oder eine Gemeinde) gegen ein bestimmtes Aequivalent (die Prämie) dem Versicherten den Schaden, von welchem er betroffen werden sollte, innerhalb der im Vertrage bestimmten Grenze zu ersetzen.

Die Versicherungsanstalten suchen dadurch, daß sie derartige Geschäfte in größerer Zahl abschließen, das Risiko, welches sie in dem einzelnen Vertrag übernehmen, abzuschwächen. Entweder stehen sie als selbständige Unternehmer dem Versicherten als ihrem Contrahenten gegenüber oder sie sind auf Gegenseitigkeit gegründet, d. h. es wird die Anstalt durch die Gesammtheit derjenigen Personen gebildet, welche sich gegen den betreffenden Schaden versichern: jeder Versicherte hat die Gesammtheit der Mitglieder zu seinen Versicherern und es wird der die sämmtlichen Mitglieder innerhalb einer bestimmten Periode treffende, bei der Anstalt versicherte Schade nach der Höhe der Summen, für welche die einzelnen Versicherungsverträge abgeschlossen sind, pro rata auf die Einzelnen vertheilt. Hier zahlen die Einzelnen nicht ihrem Betrage nach fest bestimmte

---

[5]) Einzelnes über die Geschichte bei Endemann in der deutschen Vierteljahrsschrift.

[6]) Malß in Goldschmidt's Ztschr. XIII. S. 47 ff.

Prämien, sondern je nach der Höhe des wirklich eingetretenen Schadens variable Beiträge[7]).

Die Grundsätze über die Haftung der Anstalt werden nur in geringerem Umfange durch die Gesetze aufgestellt; vielmehr regeln die Anstalten selbst ihre Verbindlichkeit und das Maß ihrer Haftpflicht in detaillirter Weise durch ihre Statuten, auf deren Basis die einzelnen Verträge abgeschlossen werden[8]).

3. An sich ist der Vertrag perfekt durch den Consens der vertragschließenden Parteien. Partikularrechte verlangen Schriftlichkeit[9]); nach dem Handelsgesetzbuch art. 788 bedarf es ihrer nicht für die Seeassekuranz, und dasselbe gilt auch da, wo bisher partikuläre abweichende Vorschriften bestanden, für alle Versicherungsverträge auf Prämie, da dieselben Handelsgeschäfte sind (art. 271. 3) und diese ganz allgemein auch ohne schriftliche Abfassung gültig sind[10]).

Nach den Statuten der Versicherungsanstalten wird von ihnen über den einzelnen Vertrag eine Urkunde, Police[11]) ausgefertigt und dem Versicherten eingehändigt, welcher durch ihre Annahme seinen Consens zu den in ihr enthaltenen Vertragsbestimmungen erklärt. Regelmäßig bestimmen die Statuten, daß wenn auch der Vertrag durch bloßen Consens perfekt sei und daher die Gesellschaft aus ihm ein Recht auf Zahlung der Prämie und Annahme der Police habe, doch die Verhaftung der Gesellschaft erst eintrete, nachdem der Versicherte die erste Prämie gezahlt und die Police eingehändigt erhalten habe[12]).

---

[7]) Ueber Gegenseitigkeitsgesellschaften im allgemeinen Staudinger Lebensversicherung S. 34 ff., Goldschmidt Handbuch (2. Aufl.) I. § 49 S. 584 ff., Endemann Handelsrecht § 174 N. 9, Reuling in Goldschmidt's Ztschr. XV. S. 348 ff., Hinrichs ebendas. XX. S. 419 ff. — Vgl. auch Goldschmidt Ztschr. VI. S. 555, XI. S. 115 f., XX. S. 577 ff., XXII. S. 276, Seuffert XXIX. 54. XXXI. 353, Entscheid. des ROH.Ger. VIII. S. 180 ff.

[8]) Die „allgemeinen Versicherungsbedingungen des Verbandes deutscher Privat-Feuerversicherungs-Gesellschaften“ von 1875 sind bei Goldschmidt Zeitschr. XX. S. 538—544 abgedruckt.

[9]) Preuß. Ldr. II. 8. § 2064, Zürich. GB. § 1705, andere Gesetze bei Gengler Lehrb. S. 695 f., Malß bei Goldschmidt XIII. S. 78.

[10]) Laband in Goldschmidt's Ztschr. XIX. S. 233 N. 1 gegen die S. 232 ff. mitgetheilte Entscheidung des Berliner Obertribunals.

[11]) Von polliceri.

[12]) Malß bei Goldschmidt XIII. S. 81 ff., Entsch. bei Goldschmidt XV. S. 610 f., 611 f. Entsch. des ROH.Ger. IX. S. 382 ff.

4. Durch die Versicherung soll Schaden abgewendet, aber keine Bereicherung gesucht werden[13]). In dem Vertrage wird eine Maximalsumme festgesetzt, bis zu welcher die Anstalt haftet. Sie verspricht innerhalb der Grenze dieser Summe so viel zu zahlen, als der Schade thatsächlich betragen wird. Ist das ganze versicherte Objekt vernichtet oder für den Versicherten verloren gegangen, so ist die ganze Summe zu zahlen; ist nur ein partieller Schaden eingetreten, so beschränkt sich die Verbindlichkeit der Anstalt auf seinen Betrag[14]). Der Versicherungsvertrag enthält nicht das Versprechen, unter der Bedingung eines gewissen Ereignisses eine fest bestimmte Summe zu zahlen, sondern das Versprechen den wirklich eingetretenen Schaden zu ersetzen, wobei aber die Versicherungssumme die äußerste Grenze bildet[15]). Wenn daher die Versicherungssumme zur Zeit der Versicherung dem Werth der Sache entsprach, aber im Lauf der Zeit eine Abnutzung derselben eingetreten ist, so hat die Anstalt nur so viel zu leisten, als die Sache zur Zeit des eingetretenen Unterganges wirklich werth war. — Es darf die Sache nicht über ihren wahren Werth versichert werden[16]); die Statuten

[13]) Preuß. Ldr. II. 8. § 1983.

[14]) HGB. art. 796 bestimmt dagegen für den partiellen Schaden: „Wenn die Versicherungssumme den Versicherungswerth nicht erreicht, so haftet der Versicherer im Falle eines theilweisen Schadens für den Betrag desselben nur nach Verhältniß der Versicherungssumme zum Versicheruugswerth." — Anders Schweiz. Entw. art. 752: „Wenn die Versicherungssumme das volle Interesse des Versicherten nicht erreicht, so wird vermuthet, daß der Versicherer im Falle eines nur theilweisen Schadens bis zum Betrage der Versicherungssumme vollen Ersatz zu leisten habe." Das Gesetz selbst regelt nicht die Versicherung.

[15]) Anderer Ansicht Endemann in d. deutschen Viertelj. Schr. S. 125 ff., in dem Aufsatz bei Goldschmidt, in s. Handelsrecht § 174 besonders N. 32 (2. Aufl. N. 24). Er hält den obigen Satz für philisterhaft, für einen Ausfluß der kanonistischen Lehre, daß Spiel, Wette, überhaupt Spekulation zu vermeiden sei, und behauptet, daß bei der Assekuranz die Zahlung einer fest bestimmten Summe von dem Eintritt des Ereignisses abhängig gemacht werden dürfte. — Gegen diese Ansicht hat sich aber die gesammte spätere Literatur und Praxis erklärt, Kübel in d. Ztschr. von Malß I. S. 342—347, 387 ff., Malß in seiner Zeitschr. II. S. 129 f. N. und bei Goldschmidt VI. S. 378 ff., Gier, Cohn in Goldschm. Ztschr. XVIII. S. 77—89, Hinrichs daselbst XX. S. 370 N. 34, Preböhl daselbst XXII. S. 443 N. 1, Erkenntn. bei Goldschmidt XIX. S. 275 ff., Entsch. des ROH.Ger. V. S. 122.

[16]) Preuß. Ldr. II. 8. § 1984, Zürich. GB. 1709, HGB. art. 790.

bestimmen öfter, daß bei Ueberversicherung der ganze Vertrag hinfällig sein soll[17]). Ebenso soll die Sache nicht gegen dieselbe Gefahr bei verschiedenen Anstalten zum vollen Werth versichert werden; denn es würde der Versicherte bei Gültigkeit der mehreren Verträge im Falle des eintretenden Schadens Gewinn machen[18]). Eine mehrfache Versicherung ist nur erlaubt, wenn erst durch die bei den mehreren Versicherungen angegebenen Summen der ganze Werth der versicherten Sache erreicht wird[19]).

In dem Vertrage ist zu bestimmen, für welche Zeit die Versicherung gelten soll. Es darf der Anfang derselben auch in die Vergangenheit gestellt werden, so daß der Versicherer für den Schaden haften soll, welcher bereits vor Abschluß des Vertrages eingetreten ist. Doch sind derartige Versicherungen nur dann gültig, wenn der Versicherte nicht wußte, daß ein Schaden bereits eingetreten sei[20]), resp. der Versicherer nicht wußte, daß ein Schaden nicht eingetreten sei[21]).

Versicherungen in fremdem Interesse sind nur unter Beschränkungen gestattet[22]). Das Handelsgesetzbuch art. 786 bestimmt: „die Versicherung für fremde Rechnung ist für den Versicherer nur

---

[17]) Nach dem Hand.GB. art. 790 ist die Seeversicherung ohne rechtliche Geltung, „soweit die Versicherungssumme den Versicherungswerth übersteigt." — Zürich. GB. 1710, 1711: im Fall der Unredlichkeit des Versicherten „ist der Vertrag für den Versicherer überall nicht verbindlich."

[18]) Preuß. Landr. II. 8. § 2000, Zürich. GB. 1709, HGB. art. 792: „Wird ein Gegenstand, welcher bereits zum vollen Werthe versichert ist, nochmals versichert, so hat die spätere Versicherung insoweit keine rechtliche Geltung als der Gegenstand auf dieselbe Zeit und gegen dieselbe Gefahr bereits versichert ist (Doppelversicherung)."

[19]) HGBuch art. 792 Abs. 2: „Ist durch die frühere Versicherung nicht der volle Werth versichert, so gilt die spätere Versicherung, insoweit sie auf dieselbe Zeit und gegen dieselbe Gefahr genommen ist, nur für den noch nicht versicherten Theil des Werthes."

[20]) Preuß. Ldr. II. 8. § 2027, 2200 ff., Oesterr. GB. 1291, HGB. art. 789, Schweiz. Entw. art. 746.

[21]) Preuß. Ldr. II. 8. § 2025, Oestr. GB. 1291, Zürich. GB. 1719, HGB. art. 789, Schweiz. Entw. art. 746.

[22]) Preuß. Ldr. II. 8. § 1945, 1950, 51: nur mit Vollmacht oder im Auftrag des Dritten; der ohne Vollmacht geschlossene Vertrag kann ratihabirt werden.

dann verbindlich, wenn entweder der Versicherungsnehmer zur Eingehung derselben von dem Versicherten beauftragt war, oder wenn der Mangel eines solchen Auftrages von dem Versicherungsnehmer bei dem Abschlusse des Vertrages dem Versicherer angezeigt wird"; dasselbe ist auch für nicht maritime Versicherungen anzunehmen[23]).

5. Da die Höhe der Prämie nach dem Maß der Wahrscheinlichkeit für den Eintritt des schadenbringenden Ereignisses zu bemessen ist, hat der Versicherungsnehmer vor dem Abschluß des Vertrages alle auf die beabsichtigte Versicherung bezüglichen Fragen des Versicherers mit Genauigkeit und der Wahrheit gemäß zu beantworten und ihm alles mitzutheilen, was auf seinen Entschluß die Versicherung zu übernehmen irgend wie von Einfluß sein kann[24]). Auch nach dem Abschluß des Vertrages soll er ihn von allen später in Betracht kommenden relevanten Thatsachen unterrichten[25]). Hat sich der Versicherte in dieser Beziehung eines dolus oder einer Nachlässigkeit schuldig gemacht, und zwar gleichviel ob der verheimlichte oder irrig angegebene Umstand mit dem nachher eingetretenen Unfall in ursächlichem Zusammenhang steht oder nicht[26]), so ist nach

---

[23]) Malß bei Goldschmidt VIII. S. 373 ff. — Ueber Versicherungspolicen auf den Inhaber Kuntze Inhaberpapiere S. 519 ff., vgl. auch Preuß. Landr. II. 8. § 2069—2072; sie sind unzulässig nach dem Zürich. GB. § 1720.

[24]) Ueber die Anzeigepflicht des Versicherten Pauli in Goldschmidt's Zeitschr. I. S. 375—385, Kübel in Malß Ztschr. II. S. 7 ff., Wolff daselbst II. S. 338—363, Malß in Goldschmidt's Ztschr. XIII. S. 101 ff., Cohn Versicherungsvertrag S. 43 ff.; Entsch. bei Goldschmidt X. S. 589. — Preuß. Landr. II. 8. § 2001 ff., 2026, 2027, 2029 ff., 2075 ff., 2118. HGB. art. 810: er soll „alle ihm bekannten Umstände anzeigen, welche wegen ihrer Erheblichkeit für die Beurtheilung der von dem Versicherer zu tragenden Gefahr geeignet sind, auf den Entschluß des letzteren, sich auf den Vertrag überhaupt oder unter denselben Bestimmungen einzulassen, Einfluß zu üben."

Was ist erheblich? vgl. z. B. Pauli S. 379 ff., Malß bei Goldschm. XIII. S. 133 ff., Goldschmidt Ztschr. X. S. 589 ff., Entsch. des ROH.Ger. XVI. S. 57 ff., 75 ff., XX. S. 128 ff.

[25]) Wolff S. 355 ff., Malß bei Goldschm. XIII. S. 114 ff., Cohn S. 59 ff., Preuß. Ldr. II. 8. § 2157 ff., Zürich. GB. 1728, 1729, HGB. art. 821, Entsch. des ROH.Ger. V. S. 298 ff., IX. S. 402 f.

[26]) Lüb. OA.Ger. bei Goldschmidt Ztschr. I. S. 378 f., Malß Ztschr. I. S. 48 f.; vgl. auch N. 32.

einzelnen Gesetzen[27]) der Vertrag für den Versicherer unverbindlich und ist doch die volle Prämie zu zahlen[28]). Dasselbe bestimmen regelmäßig die Statuten der Anstalten[29]). Hat der Versicherer in Unkenntniß des Anfechtungsgrundes die Entschädigungssumme bezahlt, so kann er sie zurückfordern[30]).

Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen tritt ein, wenn der betreffende Umstand dem Versicherer bekannt war oder als ihm bekannt vorausgesetzt werden durfte[31]). Andererseits gilt die Verschärfung, daß wenn unrichtige Angaben gemacht sind, — nicht bloß die Anzeige erheblicher Umstände unterlassen ist —, es gleichgültig ist, ob die Angabe wissentlich oder aus Irrthum, ob mit oder ohne Verschulden unrichtig gemacht ist[32]). Auch muß der Versicherte die Folgen der unrichtigen Angaben tragen, wenn er die Deklaration einem Dritten, z. B. einem Agenten der Gesellschaft überließ[33]).

---

[27]) An sich würde der Versicherungsvertrag Bestand haben und der Versicherte nur verpflichtet sein dem Versicherer sein Interesse zu ersetzen, insbesondere je nach den konkreten Verhältnissen eine höhere Prämie zu zahlen, resp. nachzuzahlen.

[28]) HGB. art. 812, 813, 815.

[29]) Allg. Feuervers. Bedingungen von 1875 § 4 bei Goldschm. Zeitschr. XX. S. 359.

[30]) Dresd. Erk. bei Malß Ztschr. II. S. 184 ff.

[31]) HGB. art. 812 Abs. 2, Entsch. des ROH. Ger. II. S. 33 ff., VIII. S. 231 ff., XII. S. 170 ff.

[32]) HGB. art. 813 Abs. 2, Malß Zeitschr. II. S. 147 ff., bei Goldschmidt XIII. S. 101 ff., Wolff S. 360. — Nach dem Zürich. GB. 1717 tritt die Wirkung nur ein bei erheblicher Verschuldung, und ebenso nach der Entsch. des ROH. Ger. XI. S. 134 f. in dubio nur bei wissentlich unwahren Angaben, vgl. auch VI. 423 ff., XVII. 25. — Noch weiter werden die Voraussetzungen für diese Wirkung in dem Schweizer Entwurf art. 753, 754 eingeschränkt: danach berechtigen unrichtige Angaben in rechtswidriger Absicht oder aus Fahrlässigkeit, Verschweigen erheblicher Thatsachen in rechtswidriger Absicht die Gesellschaft vor eingetretenem Versicherungsfall den Vertrag anzufechten; nach eingetretenem Versicherungsfall darf aus diesen Gründen der Vertrag nur aufgehoben werden, „wenn der Eintritt des Versicherungsfalles in einem ursächlichen Zusammenhange mit dem unrichtig angegebenen, beziehungsweise verschwiegenen Thatumstande steht"; in andern Fällen sei nur die Prämie angemessen zu erhöhen, resp. ein Abzug von der Versicherungssumme zu machen.

[33]) Malß Zeitschr. I. S. 78 ff., 150 f., in Goldschm. Zeitschr. XIII.

6. Der Versicherer hat den Schaden nur dann zu ersetzen, wenn der Versicherte alles gethan hat, um das schadenbringende Ereigniß abzuwenden[34]) und keine Schuld an ihm hat[35]). Doch geht nach den Policebestimmungen, besonders bei Feuerversicherungen der Ersatzanspruch im Fall eigener Schuld des Versicherten nur dann verloren, wenn er sich in dolo oder lata culpa befand, während bei seiner levis culpa der Schaden ersetzt wird[36]). Die Schuld der Familienglieder, des Gesindes, Dienstpersonals und der sonstigen Hausgenossen wird ihm nur dann zugerechnet, wenn er selbst Schuld hat, insofern er es an der erforderlichen Beaufsichtigung fehlen ließ, resp. was das Gesinde oder Dienstpersonal angeht, sich einer culpa in eligendo schuldig machte[37]).

Auch stellen die Policen noch besondere Gründe auf, aus denen die Ersatzpflicht der Anstalt fortfällt: so wenn die Prämie nicht rechtzeitig bezahlt wird[38]), wenn der Versicherte den Schaden nicht innerhalb bestimmter Zeit nach seinem Eintritt konstatirt und der Anstalt anzeigt[39]), wenn er nicht seinen Anspruch binnen bestimmter

---

S. 71 ff., Entsch. d. ROH.Ger. VIII. S. 55 ff.; XVII. S. 52 ff.; vgl. aber auch VII. S. 424 ff., Entsch. d. Rchsger. IX. no. 50, Goldschm. XIV. S. 616 f., 617 f. — Ueber die Stellung der Agenten bei der Vertragsschließung vgl. auch Hinrichs bei Goldschm. XX. S. 389 f.

[34]) Z. B. wenn er bei einem Brande zu löschen versucht hat, Malß bei Goldschmidt XIII. S. 438 ff.

[35]) Preuß. Ldr. II. 8. § 2119, 2156, 2235, Oestr. GB. § 1288, HG.Buch art. 825 no. 4.

[36]) Preuß. Regl. f. Westph. u. d. Rheinprovinz v. 4. Jan. 1836 § 47, 48 bei Gengler Lehrb. S. 704, Schweiz. Entw. art. 757 Abs. 1, Lüb. Entsch. bei Seuffert XXI. no. 76, Goldschmidt XIX. S. 271 ff., Malß bei Goldschmidt XIII. S. 56 ff.

[37]) Preuß. Ldr. II. 8. § 2218, 2236—39, Entsch. des RG. VII. no. 88.

[38]) Allg. Vers.-Bedingungen § 3 bei Goldschmidt XX. S. 539. Wenn nicht das entgegengesetzte bestimmt gesagt ist, kann der Versicherte warten, bis der Agent die Prämie von ihm holen läßt (Holschuld), Entsch. d. ROH.Ger. IX. S. 371 ff., 385 ff., Malß bei Goldschmidt VI. S. 377 f., XIII. S. 95, vgl. auch noch Entsch. XIV. S. 431 ff.

[39]) Preuß. Ldr. II. 8. § 2164; nur im Fall erheblicher Vernachlässigung Oestr. GB. § 1290, Zürich. GB. 1730, Wolff II. S. 366 f.; nicht diese volle Wirkung nach dem HGB. art. 822.

Zeit bei Gericht erhebt[40]), wenn er wissentlich den Schaden falsch deklarirt u. s. w.[41]).

§ 198. Der Lebensversicherungsvertrag[1]).

1. Der sg. Lebensversicherungsvertrag unterscheidet sich nicht bloß von den übrigen Versicherungsverträgen in wesentlichen Beziehungen, sondern ist überhaupt kein Versicherungsvertrag. Er führt nur denselben Gattungsnamen und wird von Lebensversicherungsanstalten mit Benutzung ähnlicher Einrichtungen abgeschlossen, wie sie bei den sonstigen Versicherungen ausgebildet sind[2]).

---

[40]) Preuß. Ldr. II. 8. § 2346 ff., Zürich. GB. 1739, 1740, Wolff S. 367 f., Goldschmidt XIX. S. 284, Seuffert XXVIII. 161; unverschuldete Versäumniß schadet nicht, Entsch. d. ROH.Ger. VIII. S. 408 ff. Es liegt darin keine vertragsmäßige Abkürzung der Verjährungszeit, sondern eine vertragsmäßige Beschränkung des Rechts selbst, Malß bei Goldschmidt XIII. S. 477 ff., Entsch. d. ROH.Ger. VIII. S. 409, XII. S. 204 f.

[41]) Seuffert XXVI. no. 71, Entsch. d. ROH.Ger. VIII. S. 70 ff., aber nicht nach Sächs.-Recht, daselbst VI. S. 426 f.

[1]) Staudinger die Lehre vom Lebensversicherungsvertrag Erl. 1858 (unter Benutzung von Statuten deutscher Lebensversicherungsgesellschaften). — Malß Betrachtungen 1862 (vgl. § 197 N. 1), in s. Ztschr. f. Versicherungsrecht II. 1868 S. 129—135, 225—235, in Goldschm. Ztschr. XIII. S. 486 bis 502. — Endemann in Goldschm. Ztschr. X. 1866 S. 272—300, Handelsrecht § 176. — Reuling Studien aus dem Gebiete des Lebensversicherungsrechtes in Goldschm. Ztschr. XV. 1870 S. 57—96, 326—355. — Gareis Verträge zu Gunsten Dritter 1873 S. 275—286. — Hinrichs die Lebensversicherung, ihre wirthschaftliche und rechtliche Natur, in Goldschm. Ztschr. XX. 1875 S. 339—466. — Preböhl Begriff und Wesen des Lebensversicherungsvertrages, ebendas. XXII. 1877 S. 441—504. — Thöl HR. § 310, Beseler § 111, Förster II. § 146, auch Gierke Genoss.-Recht I. S. 1058 f.

[2]) Nachdem dies schon gelegentlich Andere bemerkt hatten, z. B. Laband in Goldschm. Ztschr. XIX. S. 645 f., Adler in Hauser's Ztschr. f. Reichs- und Landesrecht II. 1875 S. 41 ff., und ein Dresdener Erkenntniß von 1866 (Goldschmidt XIII. S. 51) gesagt hatte: „keine Versicherung, sondern ein Kauf der vom Versicherer versprochenen Geldzahlung", hat es mit besonderer Schärfe Hinrichs in seiner Abhandlung ausgeführt. Die wirthschaftliche Betrachtung desselben, daß die Prämien „ganz und gar Spareinlagen sind" (Hinrichs S. 341 ff.), ist für die rechtliche Natur ohne Belang; denn die Erben des Versicherten erhalten je nach der Zeit seines Todes mehr oder weniger als die Einlagen mit den Zinsen betragen, aber nicht gerade die Einlagen mit Zinsen (vgl. auch S. 363 N.).

Aus dem Lebensversicherungsvertrage ist der Versicherungsnehmer verpflichtet, zu bestimmten Zeiten vertragsmäßig festgestellte Summen (Prämien)[3]) während seines Lebens oder während des Lebens einer dritten Person, wenn deren Leben versichert ist, an den Versicherer (die Versicherungsanstalt) zu zahlen und andererseits ist die Versicherungsanstalt verpflichtet, nach dem Tode derjenigen Person, deren Leben versichert ist, eine fest bestimmte Summe an ihre Erben oder an eine sonst aus dem Vertrage berechtigte Person zu zahlen. Der sg. Lebensversicherungsvertrag ist ein eigenartiges Geschäft, welches — abgesehen davon, daß es aleatorischer Natur

---

Die Meisten dagegen bleiben dabei, daß auch die Lebensversicherung eine Versicherung sei, welche aber von der Sachversicherung in manchen Beziehungen abweiche, Staudinger S. 50 ff., Malß in s. Ztschr. II. S. 129 (er beantwortet die Frage „ob die Lebensversicherung eine wahre Versicherung sei oder nicht vielmehr ein eigener Vertrag, der den Namen Versicherung nur usurpirt habe", mit einem entschiedenen „Nein"), Goldschmidt Handb. I. S. 582 N. 4 (2. Aufl.: „Der Versicherte will sich gegen die Gefahr sichern, durch verfrühten Tod an der vollen, gleichviel aus welchen Gründen erstrebten Ersparung eines gewissen Kapitals verhindert zu werden"), in s. Ztschr. XXIII. 1878 S. 179—183.

Endemann in Goldschm. Ztschr. X. S. 272 ff. bestreitet entschieden, daß eine Schadensersatzverbindlichkeit übernommen werde, spricht sich aber doch für einen Versicherungsvertrag aus, weil er denselben überhaupt anders auffaßt, und es leugnet, daß Schadensersatz seinen Inhalt bildet (§ 197 N. 15).

Gegen die Auffassung als Schadensversicherung, aber auch gegen Hinrichs erklärt sich Predöhl S. 445 ff., 450, hält sich aber zu sehr an die technische Seite des Versicherungswesens. Er definirt S. 465: „Lebensversicherungsvertrag ist ein Versicherungsvertrag, durch welchen gegen Entgelt (Prämie) der Versicherer sich verpflichtet, Einzahlungen des Versicherten zu verwalten und im Fall eines bestimmten Ereignisses (Tod binnen bestimmter Frist oder Erleben eines bestimmten Zeitpunktes) diese durch Zinserträgnisse oder weitere Einzahlungen sich stetig mehrenden Einlagen unter Ergänzung auf eine bestimmte Summe dem Versicherten oder seinen Rechtsnachfolgern zurückzuzahlen". Indessen liegt eine vertragsmäßige Verpflichtung zur Verwaltung der Einschüsse gar nicht vor, vielmehr enthalten nur die Statuten Bestimmungen über die Anlegung der eingehenden Kapitalien, ohne daß dem einzelnen Versicherungsnehmer gegenüber mit Rücksicht auf seine Einzahlung eine derartige obligatorische Verpflichtung übernommen würde.

[3]) Es genügt beiläufig zu erwähnen, daß der Anspruch auch durch einmalige Zahlung eines Kapitals begründet werden kann, Staudinger S. 6 ff.

ist — unter keine höhere Kategorie gebracht werden kann[4]). Insbesondere unterscheidet es sich nach verschiedenen Richtungen von dem Versicherungsvertrage:

a) Der Versicherungsnehmer erlangt nicht den Anspruch auf Ersatz eines Schadens, von dem er oder sein Vermögen innerhalb einer bestimmten Periode betroffen werden würde[5]). Natürlich erleidet der Versicherte durch seinen Tod keinen Vermögensschaden; aber auch für seine Familie tritt in vielen Fällen durch seinen Tod kein Schaden ein; sie kann — auch abgesehen von der Versicherungssumme, welche ihr zufällt, — unter Umständen in eine günstigere Vermögenslage kommen. Dasselbe wird öfter der Fall sein, wenn Jemand das Leben einer dritten Person, z. B. ein Gläubiger das Leben seines insolventen Schuldners versichert, um nach dessen Tode die Versicherungssumme zu erhalten[6]).

b) Die Höhe der zu zahlenden Summe richtet sich nicht nach später eintretenden Ereignissen, sondern ist gleich bei Abschluß des Vertrages fest bestimmt.

c) Da jeder Mensch sterblich ist, so ist es auch nicht ungewiß, ob, sondern nur, wann die Versicherungsanstalt zur Zahlung verpflichtet sein wird[7]).

---

[4]) Thöl § 310 erklärt ihn für ein aleatorisches Darlehn. Aber der Versicherungsnehmer giebt die Prämien nicht als Darlehn, welches er oder seine Erben zurückbekommen sollen, sondern als Aequivalent, um den Anspruch auf eine fest bestimmte Summe zu erhalten.

[5]) Anders ist die regelmäßige Ansicht, z. B. Beseler § 111 zu N. 20: „Es sollen die durch den Tod des Versicherten für dritte Personen herbeigeführten Vermögensnachtheile aufgewogen werden". Malß Betrachtungen S. 28: „die Lebensversicherung ist derjenige Versicherungsvertrag, welcher den Ersatz eines solchen Nachtheils zum Zwecke hat, der durch das gänzliche oder theilweise Aufhören der Lebensthätigkeit oder dadurch veranlaßt wird, daß der Tod eines Menschen abweichend von seiner wahrscheinlichen Lebensdauer eintritt" (also auch wenn er ein excessiv hohes Alter erreicht?). Cohn der Versicherungsvertrag 1873 S. 11 ff.: „Die Gefahr besteht in der Vernichtung menschlicher Erwerbsfähigkeit durch vorzeitigen Tod" (vgl. dagegen Laband in d. Ztschr. für Hand.R. XIX. S. 644.). Goldschmidt vgl. oben N. 2.

[6]) Hinrichs S. 371 ff. — Es ist verfehlt, schon in die Definition des Vertrages aufzunehmen, daß die Zahlung erfolgen soll „zur Deckung durch den Tod gestörter materieller Interessen", wie das Staudinger S. 22 thut.

[7]) Daher ist von der eigentlichen Lebensversicherung der Fall zu unter-

Die Lebensversicherung ist nur dem Wort, nicht dem Wesen nach eine Versicherung. Nichts desto weniger fällt sie unter den Begriff des Handelsgeschäfts[8]), da bei der Abfassung des Handelsgesetzbuchs zweifellos beabsichtigt war, alle im Leben regelmäßig als Versicherungen gegen Prämie bezeichneten Geschäfte für Handelsgeschäfte zu erklären[9]).

Die Bestimmungen der Gesetze über den Lebensversicherungsvertrag sind sehr dürftig; dagegen enthalten die Statuten der Lebensversicherungs-Anstalten die Normen, unter welchen die von ihnen geschlossenen Verträge stehen sollen, und ihnen unterwerfen sich diejenigen, welche auf Grund derselben eine Versicherung abschließen. Es können daher hier auch nur die allgemeinen Grundsätze über die Natur dieses Vertrages aufgestellt werden, während es sich im Uebrigen meistens um die Interpretation der Statuten und der einzelnen Police handeln wird. Einzelne Sätze sind durch die Praxis, insbesondere die des Reichsoberhandelsgerichts ausgebildet worden[10]).

Begrifflich steht nichts im Wege, daß eine einzelne Person das Leben einer andern versichert. Regelmäßig erfolgen aber die Versicherungen nur von Anstalten, welche solche Verträge in größerer Zahl schließen, um unter Zugrundelegung der Erfahrungssätze über die menschliche Lebensdauer das Risiko des einzelnen Falls durch

---

scheiden, wo eine Person ihr Leben auf eine bestimmte Zeit oder gegen eine bestimmte Lebensgefahr, z. B. für eine bestimmte Reise oder gegen die Gefahren eines bestimmten Fabrikbetriebes versichert; denn hier hat die Gesellschaft die Summe nur zu zahlen, wenn der Tod (oder die Beschädigung) innerhalb der kontraktmäßigen Zeit oder aus der betreffenden Ursache erfolgt; vgl. über solche Fälle Staudinger S. 28 ff., Hinrichs S. 377 f., Predöhl S. 475 ff. Als reine Schadensversicherung vermag ich sie nicht mit Predöhl S. 477 anzusehen; denn auch hier kann es zweifelhaft sein, ob durch den Tod für den Forderungsberechtigten wirklich ein Schaden eintritt. Vielmehr liegt hier eine eigene Species eines gewagten Geschäfts vor.

[8]) Handelsgeschäft ist nach art. 271 no. 3 des HGBuchs auch: „die Uebernahme einer Versicherung gegen Prämie."

[9]) Anderer Ansicht Thöl § 310 N. 3, der die Lebensversicherung nicht unter art. 271 no. 3 des HGBuchs stellen will, aber sie für ein Handelsgeschäft ansieht, wenn sie gewerbsmäßig betrieben wird.

[10]) Auf die verschiedenen Arten, wie die Versicherungsgesellschaften ihre Verträge schließen, gehen wir nicht ein, weil dieselben nicht das juristische Wesen des Vertrages treffen; einzelnes bei Staudinger S. 22 ff.

die größere Zahl der Verträge zu überwinden[11]). Diese Anstalten stehen, wie die sonstigen Versicherungsanstalten entweder als selbständige Unternehmer den Versicherten gegenüber oder sind auf Gegegenseitigkeit gegründet, indem die verschiedenen Versicherten zusammengenommen die Versicherung jedes Einzelnen unter sich übernehmen (§ 197 N. 7).

2. Regelmäßig ist der Contrahent der Anstalt (der Versicherungsnehmer) zugleich derjenige, dessen Leben versichert ist. Nur beschränkt gestatten Gesetze oder Statuten auch die Versicherung des Lebens eines Dritten; denn es könnte dessen Leben von Seiten des Versicherungsnehmers unter Umständen gefährdet werden, um die Versicherungssumme früher zu erhalten. Oder man befürchtet, daß dem Versicherungsnehmer Umstände bekannt seien, welche ihm einen früheren Tod des Versicherten wahrscheinlich machen, als die Anstalt nach ihren allgemeinen Prinzipien annehmen würde. Daher soll das Leben eines Dritten nur versichert werden, wenn der Nehmer ein besonderes Interesse hat (der Versicherte ist sein Verwandter, sein Schuldner) oder wenn der Versicherte seine Einwilligung ertheilt[12]).

Ist die Person, deren Leben versichert wird, zu der Zeit, von wo an der Vertrag gelten soll, nicht mehr am Leben, so ist der Vertrag selbst hinfällig[13]).

---

[11]) Derartige Anstalten sind nach Staudinger S. 1 ff. und Malß Ztschr. II. S. 133 f. in England seit dem 18., in Deutschland seit dem Anfange dieses Jahrhunderts gegründet worden. Wenn diese Notiz richtig ist, bleibt es mir auffallend, wie das Preuß. Landrecht dazu kommt, ausführliche Vorschriften über den Vertrag aufzustellen.

[12]) Preuß. Ldr. II. 8 § 1971: man darf das Leben der Kinder, Eltern, des Gatten, Verlobten versichern, § 1973 von andern Personen nur mit ihrer gerichtlichen Einwilligung; genaueres bei Hinrichs S. 378 ff. — Zürich. GB. 1756 und Schweiz. Entw. 765, wenn der Versicherungsnehmer ein (vermögensrechtliches) Interesse an der Fortdauer des Lebens des Dritten nachweist; es sei sonst ein Spielvertrag. — Ueber die Nothwendigkeit dieses Interesse Staudinger S. 93 ff., Predöhl S. 481 f., Hamb. Praxis bei Goldschmidt XIV. S. 636 f., gegen dies Erforderniß mit Entschiedenheit Endemann bei Goldschmidt X. S. 281 f. — Die ältere Theorie (z. B. Heise und Cropp II. S. 612) behauptete auch, daß wenn sich bei der Versicherung des Lebens einer dritten Person das Interesse auf eine bestimmte Summe schätzen lasse, die Versicherung diese Summe nicht übersteigen dürfe.

[13]) Staudinger S. 79, 168.

3. Der Vertrag ist durch den Consens bindend, doch bestimmen allgemein die Statuten, daß die Anstalt über ihn eine Urkunde (Police) auszufertigen und dem Versicherungsnehmer auszuhändigen habe und nur unter Voraussetzung dieser Uebertragung der Police hafte. Als Beginn für die Haftung soll das Datum der Police gelten[14]. War die Haftpflicht der Anstalt einmal entstanden, so ist ihr Bestand und die Verpflichtung zur Auszahlung der Summe nach dem Tode des Versicherten von der Existenz der Police nicht weiter mehr abhängig. Die Police ist nur noch Beweisdokument und der Anspruch geht nicht dadurch unter, daß sie vernichtet oder verloren gegangen ist[15].

4. Da die Höhe des Risikos für die Gesellschaft und folgeweise die Höhe der Prämien im Verhältniß zu dem versicherten Kapital von den individuellen Verhältnissen der Person abhängt, deren Leben versichert wird, so hat der Versicherungsnehmer der Anstalt die ihm vorgelegten Fragen wahrheitsgemäß und nach bestem Wissen zu beantworten und ihr alle sonstigen für ihre Entschließung wichtigen Mittheilungen zu machen. Unrichtige Angaben oder die Verheimlichung von relevanten Thatsachen bei Abschließung des Vertrages berechtigen den Statuten gemäß den Versicherer den Vertrag als unverbindlich zu behandeln[16]. Hat aber die Anstalt, obgleich sie die Unrichtigkeit der Angaben kannte, sich die Prämien noch weiter leisten lassen, so gilt sie als auf den Anfechtungsgrund verzichtend[17].

5. Die Gesellschaft hat ein Recht auf rechtzeitige Leistung der Prämien und darf nach den Statuten bei längerer Mora ihres Con-

---

[14]) Hinrichs S. 403 ff., statutarische Bestimmungen bei Staudinger S. 133 f. — Es ist nach den konkreten Statuten und dem Inhalt der Police zu bestimmen, ob ein Vertrag zu Stande gekommen ist oder nicht.

[15]) Staudinger S. 104 ff.

[16]) Vgl. oben § 197 N. 24 ff. — Staudinger S. 172 ff., Malß Ztschr. I. S. 155 ff., II. S. 121 ff., 125 ff., 163 f., 186 ff., 199 ff., 275 f., 290 ff., bei Goldschmidt XIII. S. 125 ff., Seuffert XXIV. 273, Goldschmidt Ztschr. XIX. S. 286 ff., Entscheid. d. ROH.Ger. IX. S. 65 ff., 285 ff., 350 ff.; über die Praxis des ROH.Ger. Preböhl S. 495 f. — Abweichende Bestimmungen enthält der Schweiz. Entw. art. 754a, 755 entsprechend den Mittheilungen in § 197 N. 32.

[17]) Hinrichs S. 408 f.

trahenten von dem Vertrage zurücktreten[18]). Andererseits ist aber auch anzunehmen, daß der Versicherungsnehmer unter Verlust der bisherigen Prämienleistungen von dem Vertrage jederzeit zurücktreten darf und der Verein keine Klage auf Zahlung der Rückstände hat[19]).

Abgesehen von der Mora des Versicherungsnehmers und den sonstigen allgemeinen Gründen aus denen eine Versicherung erlischt (N. 16, geht das Recht aus dem Vertrage für den Contrahenten der Anstalt oder seine Rechtsnachfolger auch dadurch verloren, daß es nicht binnen bestimmter, in den Statuten angegebener Frist geltend gemacht wird oder daß der Tod des Versicherten nicht in natürlicher Weise, sondern durch Selbstmord, Duell, in Folge einer verwirkten Todesstrafe oder sonst durch Verschuldung eintrat[20]), insbesondere auch, wenn er sich einem ausschweifenden Lebenswandel ergab, welcher auf seine Gesundheit nachtheilig einwirken mußte[21]). Nach Partikularrecht oder Statuten kann der Versicherer auch zurücktreten, wenn der Versicherte ohne seine Genehmigung Europa verläßt, oder eine gefährliche Lebensart ergreift[22]), in die Armee eintritt, sich in Gegenden begiebt, wo Krieg, Aufruhr, Pest u. s. w. herrscht und bei dieser Gelegenheit seinen Tod findet[23]).

Soll der Selbstmord des Versicherten ein Grund sein, um die Ansprüche aus dem Vertrage erlöschen zu lassen, so darf dies doch nicht dann der Fall sein, wenn ihn die betreffende Person in

---

[18]) Statutarische Bestimmungen bei Staudinger S. 172. — Schweiz. Entw. art. 756, wenn die Prämie 14 Tage nach der Aufforderung nicht bezahlt ist.

[19]) Staudinger S. 174 f., Hinrichs S. 362 N. 26, S. 409 f.

[20]) Staudinger S. 90 f., 170 ff. — Preuß. Ldr. II. 8. § 1969: „Auf einen durch Verbrechen verwirkten Verlust des Lebens kann jedoch eine solche Versicherung weder gegeben noch gedeutet werden." — Tod auf einer Luftreise, Malß Ztschr. I. S. 207 f.

[21]) Malß Ztschr. I. S. 135 ff. In wie weit im Falle der Trunksucht? Malß daselbst II. S. 266 ff., 268 ff., in Goldschm. Ztschr. XIII. S. 62 ff.

[22]) Preuß. Ldr. II. 8. § 2152; dies gilt aber nicht, wenn das Leben eines Dritten versichert ist, § 2154.

[23]) Entsch. d. ROH.Ger. V. S. 242 ff.; doch bedarf es solcher Bestimmungen im Partikularrecht, Statut oder der Police; ohne sie versteht es sich nicht von selbst, daß der Vertrag beim Ergreifen einer gefährlichen Lebensweise hinfällig wird, VIII. S. 308 ff.

bewußtlosem oder unzurechnungsfähigem Zustande begangen hat[24]). Behauptet die Gesellschaft, daß der Tod durch Selbstmord herbeigeführt sei, so hat sie dies zu beweisen[25]), während andererseits derjenige, welcher trotz des Selbstmordes Ansprüche aus der Versicherung erhebt, den Beweis zu führen hat, daß er in unzurechnungsfähigem oder bewußtlosem Zustande erfolgt sei.

Ist von dem Versicherungsnehmer das Leben einer dritten Person versichert und verliert diese durch Selbstmord oder sonst durch ihre Schuld ihr Leben, so wird der Vertrag nicht hinfällig; mit Rücksicht auf das Recht des Versicherungsnehmers erscheint der Selbstmord des Versicherten als kasueller Tod[26]). Natürlich fällt aber sein Recht fort, wenn er selbst den Tod der dritten Person herbeigeführt hat oder an ihm schuld ist[27]).

Fällt aus den vorher angegebenen Gründen die Verpflichtung der Anstalt zur Zahlung der Versicherungssumme fort, so ist sie doch nach einzelnen Statuten verpflichtet, einen Theil der erhaltenen Prämien zurück zu vergüten[28]).

---

[24]) Ueber die Frage des Selbstmordes Staudinger S. 90 f., Fick ob Selbsttödtung in unzurechnungsfähigem Zustande von Lebensversicherungsanstalten als Befreiungsgrund geltend gemacht werden könne, in Goldschmidt's Ztschr. XVIII. S. 210 ff., Emminghaus die Behandlung des Selbstmordes in der Lebensversicherung 1875, v. Domin-Petrushevecz in Gruchot's Beitr. XX. 1876 S. 605—615, ganz besonders aber Goldschm. in s. Ztschr. XXIII. 1878 S. 183—224, wo sich eine vollständige Zusammenstellung der Praxis und Gesetzgebung nicht bloß Deutschlands, sondern auch der übrigen Länder findet. — Entsch. des ROH.Ger. XVIII. S. 210 ff. — Der Dresdener Entw. art. 912 bestimmt: bei Selbstmord falle die Verpflichtung des Versicherers fort, „es könnte denn .... der Versicherte beweisen, daß derjenige, auf dessen Todesfall die Versicherung genommen worden ist, sich in einem unzurechnungsfähigen Zustande befunden habe."

[25]) München. Erk. v. 1874 in Hauser's Ztschr. III. S. 178.

[26]) Preuß. Ldr. II. 8. § 1970, Staudinger S. 94. — Nach dem Schweiz. Entw. art. 767 Abs. 3 soll die Gesellschaft durch den Selbstmord des Dritten soweit befreit werden, als die Versicherungssumme das nachweisbare vermögensrechtliche Interesse des Versicherungsnehmers übersteigt.

[27]) Staudinger S. 87 ff.

[28]) Staudinger S. 171, Predöhl S. 499 N. 2. — Schweiz. Entw. art. 767: bei Hinfälligkeit der Versicherung wegen Selbstmord, Duell oder Todesstrafe sollen die Prämien ohne Zinsen restituirt werden. — Predöhl

6. Das Recht aus der Versicherung steht demjenigen zu, welcher in der Police als Berechtigter bezeichnet ist. Hat der Versicherungsnehmer sein eigenes Leben versichert, so ist die Lebensversicherungssumme seinem Erben oder derjenigen Person zu zahlen, der er den Anspruch übertragen hat. Hat Jemand ein fremdes Leben versichert, so steht ihm oder seinem Rechtsnachfolger der Anspruch auf die Versicherungssumme zu. Soll nach der Police der Inhaber derselben berechtigt sein, so ist dieselbe dadurch nicht zu einem Inhaberpapier, sondern nur zu einem Legitimationspapier geworden (§ 178 N. 9).

Sollen die Erben des Versicherungsnehmers berechtigt sein, so gehört die Versicherungssumme zur Erbschaft und können die Gläubiger des Erblassers aus ihr ihre Befriedigung suchen[29]).

S. 497 ff. versucht aus dem finanziellen Verfahren der Gesellschaften die Nothwendigkeit dieser Rückvergütung zu erweisen; so gerecht dieselbe — de lege ferenda — ist, so kann sie doch nur gefordert werden, wo sie durch Gesetz oder Statut anerkannt ist.

[29]) Hinrichs S. 415 N. 84, S. 417 N. 85. — Preuß. Praxis bei Malß Ztschr. II. S. 274 und bei Goldschmidt XIII. S. 497 ff., München bei Seuffert XXVI. no. 177, 178 (1869, 70), Rhein. App.-Hof bei Goldschmidt XIV. S. 631, Ztschr. für Rechtspflege in Sachsen N. F. XXXVII. S. 332 ff. — Der Schweiz. Entw. art. 766 bestimmt, daß wenn Jemand, um seine Gläubiger zu benachtheiligen, einen Versicherungsvertrag auf den Todesfall abgeschlossen hat, die Gläubiger das Geschäft dem Bezugsberechtigten gegenüber anfechten dürfen, sofern er beim Erwerb des Bezugsrechts von der rechtswidrigen Absicht Kenntniß hatte oder das Bezugsrecht unentgeltlich erwarb. Jedoch kann der Bezugsberechtigte den Anspruch der Kreditoren auf die Versicherungssumme dadurch abwenden, daß er alle vom Versicherungsnehmer dem Versicherer vergüteten Prämien nebst Zinseszins den Gläubigern bezahlt.

Dagegen hat sich in neuerer Zeit sowohl in der Theorie als in der Praxis die entgegengesetzte Ansicht vielfach Eingang verschafft, daß die Versicherungssumme den Erben zufalle und nicht von den Gläubigern in Anspruch genommen werden dürfe, so in englischen und nordamerikanischen Gesetzen und zum Theil auch nach der belgischen und französischen Praxis, Malß in f. Ztschr. I. S. 59 ff., II. S. 425 ff., Stadtger. zu Frankfurt bei Malß II. S. 419 ff., Praxis von Dresden und München bei Goldschmidt Ztschr. XII. S. 554 ff., 558 ff., Seuffert XXVI. no. 176 (München hat seine Ansicht geändert; vgl. Seuffert XXVI. 177), Stuttgart Seuffert XXIV. 155, Berner Praxis i. d. Ztschr. f. Schweiz. R. XVIII. 1873. Rechtspfl. S. 8 bis 12 (unter der Voraussetzung, daß der Erbe die gezahlten Prämien der Konkurs-

masse restituirt), Obergericht zu Luzern 1873 ebendaselbst XIX. Rechtspflege S. 167 ff. — Dieser Ansicht sind auch Förster II. § 146 N. 16, Malß bei Goldschmidt XIII. S. 495 ff., Rm. in Seuffert's Archiv XXVI. S. 275 bis 277, Wolff in Goldschmidt's Ztschr. XII. S. 169—190, besonders S. 184 f. (es komme auf die Absicht des Versicherungsnehmers an; es sei nicht zu vermuthen, daß dieselbe dahin ging, seinen Gläubigern ein Befriedigungsobjekt zu verschaffen).

Dritte Abtheilung. Die einzelnen Forderungen aus Delikten.

---

§ 199. Privatstrafen.

1. Bisher ist von den Verträgen und von einseitigen Willenserklärungen als der Quelle von Forderungsrechten gehandelt worden. Eine dritte Klasse von Forderungsrechten entspringt aus Delikten. Indem wir von den Folgen des unerlaubten Verhaltens absehen, welche für denjenigen eintreten, welcher zu einem Andern in einem obligatorischen Verhältniß steht und die ihm durch dasselbe auferlegten Pflichten verletzt, handeln wir von den privatrechtlichen Wirkungen einer an sich unerlaubten Handlung, durch welche der Delinquent in eine fremde Rechtssphäre eingreift. Insoweit als der Delinquent dadurch gestraft wird, daß er ihm zustehende Rechte zum Vortheil des Verletzten verwirkt, gehören die Wirkungen des Delikts nicht hieher in das Obligationenrecht, sondern an diejenigen Stellen des Systems, wo die Rechte selbst, welche verwirkt werden, zur Darstellung kommen. Hier ist zu erörtern, zu welchen Leistungen an den Verletzten der Delinquent verpflichtet ist, sei es daß er ihm den zugefügten Schaden zu ersetzen, sei es daß er an ihn eine Privatstrafe zu erlegen hat.

2. Nach Römischem Recht hatte in einer Reihe von Fällen der Verletzte die Wahl, ob er neben dem Schadensersatz, insofern ein Vermögensschaden eingetreten war, eine öffentliche Bestrafung des Schuldigen beantragen oder eine Privatstrafe einklagen wollte. Nach altdeutschem Recht waren viele Delikte lediglich mit Privatstrafen bedroht; im spätern Mittelalter trat die öffentliche Strafe an ihre Stelle und hatte der Verletzte daneben nur ein Recht auf Schadensersatz. Im wesentlichen ist dies auch der Standpunkt des

modernen Rechts: eine mit einer öffentlichen Strafe bedrohte Handlung, das kriminelle Unrecht, giebt dem in seinem Vermögen verletzten einen Anspruch auf Ersatz, aber nicht zugleich auf eine Privatstrafe.

Freilich war das Römische Recht in complexu recipirt worden und erscheinen daher auch die in demselben enthaltenen Privatstrafen prinzipiell als anwendbar[1]). Aber einerseits sind dieselben vielfach partikulär durch die Gesetzgebung abgeschafft worden[2]), andererseits wurden sie sehr häufig in der Praxis nicht beachtet und waren thatsächlich ohne Bedeutung[3]). Außer der actio aestimatoria wegen Injurien ist kaum eine der andern gemeinrechtlichen Privatstrafen in Uebung gewesen[4]). Doch wurde auch sie in zahlreichen Partikularrechten zum Theil schon früh beseitigt[5]) und hat seit dem deutschen Strafgesetzbuch allgemein ihre Anwendbarkeit verloren[6]).

---

[1]) Ueber die Controverse, ob die römischen Privatstrafen prinzipiell noch ihre Geltung behalten haben, reiche Literatur bei Windscheid § 326 N. 5; vgl. außerdem auch Falck IV. S. 42, Beseler § 53 N. 13, Mandry d. civilrechtl. Inhalt der Reichsgesetze (2. Aufl.) 1882 S. 250 ff., Thon Rechtsnorm und subjektives Recht 1878 S. 29 ff., 33 ff.

Gegen die Ansicht von Windscheid § 326 a. E., daß die Ersatzforderungen aus Delikten auch eine Strafnatur haben, vgl. Binding Normen I. S. 312 N.

[2]) So z. B. in Würtemberg durch das Gesetz v. 5. Sept. 1839 art. 8: „Alle einzig in dem Römischen Rechte gegründeten, aus einem Verbrechen oder Vergehen entspringenden und in einem mehrfachen Betrage des Schadens bestehenden Privatstrafen sind aufgehoben. Sofern jedoch außerdem nach den Gesetzen aus unerlaubten Handlungen gewisse Rechtsnachtheile entstehen, soll es hiebei auch in denjenigen Fällen sein Verbleiben haben, in welchen eine gerichtliche Strafe erkannt wird. In der Regel bestehen daher die privatrechtlichen Ansprüche eines durch ein Verbrechen oder Vergehen Verletzten lediglich in dem Rechte auf Schadensersatz."

[3]) Ueber ihr Verschwinden z. B. in Sachsen Schmidt § 130. II. — Die römische Privatstrafe des Diebstahls, welche in der Carolina art. 157, 158 Aufnahme gefunden hatte, gilt längst nicht mehr.

[4]) Vgl. darüber Windscheid § 472, v. Savigny Obligat. R. II. S. 321.

[5]) Z. B. Const. Saxon. IV. 42, Lüneb. Ref. VIII. Tit. 19; vgl. v. Wächter die Buße 1864 S. 12. — Eine Ausnahme machte das Würtemb. Gesetz vom 5. Sept. 1839 art. 17, welches dem Beleidigten die Wahl zwischen der ästimatorischen Injurienklage und der Klage auf öffentliche Bestrafung läßt.

[6]) Anderer Ansicht das Stuttg. O.Trib. bei Seuffert XXXI. no. 142; vgl. auch Mandry a. a. O. S. 40 N. 7.

Denn § 188 desselben bestimmt nur, daß „auf Verlangen des Beleidigten, wenn die Beleidigung nachtheilige Folgen für die Vermögensverhältnisse, den Erwerb oder das Fortkommen des Beleidigten mit sich bringt, neben der Strafe auf eine an den Beleidigten zu erlegende Buße bis zum Betrage von 2000 Thalern erkannt werden" darf[7]). Diese Buße tritt nur ein, wenn die Injurie dem Beleidigten einen Vermögensschaden zugefügt hat, und darf nicht als eine neue Privatstrafe oder als eine Combination von Privatstrafe und Schadensersatz, sondern lediglich als eine in Pausch und Bogen ohne genauere Specificirung bestimmte Leistung des Schadensersatzes betrachtet werden[8]).

Ueberhaupt existiren im heutigen Recht keine Privatstrafen, soweit das Strafgesetzbuch das Strafrecht kodificirt und die strafrechtlichen Folgen der Delikte festgesetzt hat: die Folge des Delikts, welches das Strafgesetzbuch für strafbar erklärt, ist die öffentliche Strafe und daneben die Pflicht zum Schadensersatz[9]). Auch hat das neuere Recht nur in geringem Maß Privatstrafen eingeführt[10]); von ihnen wird im Zusammenhange mit denjenigen Rechtsinstituten,

---

[7]) Die Verpflichtung zum Schadensersatz in diesem Falle kennen auch die Civilgesetzbücher z. B. Sächs. GB. § 1501. — Auffällig ist, daß die Iglauer Schöffen (Tomaschek Oberhof S. 326 ff.) diesen Anspruch nicht gelten lassen wollten: wan niemancz seines schadens oder seines gewiens ist gewis und sicher mag sein czukunfftiglich.

[8]) Vgl. unten § 200 N. 44, 45. Auch das Pfandgeld (vgl. oben I. § 70 N. 76), welches im ältern Recht eine Privatstrafe war, hat im neueren Recht vielfach die Natur eines fest normirten Schadensersatzes.

[9]) Entgegengesetzter Ansicht ist Thon Rechtsnorm und subjektives Recht S. 35, welcher behauptet, daß „nur die Anordnung öffentlicher Strafen das Strafrecht bildet."

[10]) Z. B. das Reichsgesetz v. 11. Juni 1870 § 54, 55, wonach wer unbefugter Weise ein dramatisches, musikalisches oder dramatisch-musikalisches Werk öffentlich aufführt, dem Urheber als Entschädigung „den ganzen Betrag der Einnahme von jeder Aufführung ohne Abzug der auf dieselbe verwendeten Kosten" zu zahlen hat. Wenn das Gesetz diese Leistung auch als Entschädigung bezeichnet, so ist sie doch keine Entschädigung; denn niemals kann sich der Schaden des Verletzten so hoch belaufen.

Für die Wiedereinführung von Strafen für denjenigen, welcher sich in civilrechtlichen Verhältnissen dolus zu Schulden kommen läßt, spricht sich v. Ihering Kampf ums Recht. 3. Aufl. 1872 S. 80 ff., 92 f. aus.

bei welchen sie vorkommen, gehandelt werden. Hier ist ausführlicher nur die Lehre vom Schadensersatz darzustellen.

§ 200. Schadensersatz.

1. Die civilrechtliche Folge des Delikts ist in neuerer Zeit regelmäßig die Pflicht zum Schadensersatz. Das Römische Recht verpflichtet den Beschädiger zum Ersatz, wenn er dolos dem Andern Schaden zufügte (actio doli), und im Falle einer culpa bei Sachbeschädigungen (actio legis Aquiliae). Im übrigen war nur in gewissen gesetzlichen Fällen der Anspruch auf Schadensersatz anerkannt, aber es fehlte an einem allgemein dahin lautenden Rechtssatz, daß wer dem Andern einen Schaden zugefügt hat, denselben ersetzen muß.

Das ältere deutsche Recht dagegen enthält das Prinzip, daß Jeder den widerrechtlich zugefügten Schaden ersetzen soll, selbst dann, wenn ihn nach unserer Auffassung keine Schuld trifft. Aus dieser germanischen Grundauffassung heraus hat in unseren neueren Gesetzbüchern im Verhältniß zum Römischen Recht eine Erweiterung der Ersatzverbindlichkeit stattgefunden.

Preuß. Ldr. I. 6. § 10: „Wer einen Andern aus Vorsatz oder grobem Vergehen beleidigt[1]), muß demselben vollständige Genugthuung leisten"; nach den folgenden Sätzen muß auch wer den Andern aus einem mäßigen oder geringen Versehen verletzt, den Schaden ersetzen und ist nur das Maß des Ersatzes verschieden.

C. civ. art. 1382: Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

Oestr. GB. § 1295: „Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern, der Schade mag durch Uebertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein."

Sächs. GB. § 116: „Wer durch Handlungen, seien es Begehungen oder Unterlassungen, die Rechte eines Anderen verletzt,

---

[1]) „Beleidigt" bedeutet soviel wie „ohne Recht Schaden zugefügt."

ist, wenn ihm eine Verschuldung zur Last fällt, dafür einzustehen verbunden"[2]).

2. Im gemeinen Recht ist es bestritten, ob für aquilische culpa nur bei Schäden durch positives Thun oder auch in Folge von Unterlassungen gehaftet wird[3]). Nach älterm deutschen Recht muß auch der durch eine Unterlassung herbeigeführte Schaden nicht bloß dann ersetzt werden, wenn das Thun durch eine vorhergehende oder begleitende Thätigkeit geboten war, sondern überhaupt, wenn der Unterlassende zu einem positiven Thun verpflichtet war. Die man sal gelden den scaden, di von siner warlose gesciet anderen luden, it. si . . . von bornen, den he nicht bewerct enes knies ho boven der erde (Sachsensp. II. 38). Unterhält ein Grundbesitzer seinen Weg nicht und fällt ein Wagen auf demselben um so muß er den Schaden ersetzen[4]), u. s. w.

Dieser deutschen Auffassung und der vielseitig anerkannten Nothwendigkeit gemäß[5]) über die römischen Sätze von der Haftung für culpa hinauszugehen, lassen die modernen Codifikationen auch bei einer Unterlassung, insbesondere wo eine Verpflichtung zum Handeln bestand, die Verhaftung für den Schaden eintreten[6])

---

[2]) Vgl. auch C. Max. Bav. IV. 16 § 6.

[3]) Windscheid § 455. 2.

[4]) Schwäbisches Weisthum v. 1397 bei Grimm Weisth. I. S. 340.

[5]) Vgl. z. B. v. Ihering in s. Jahrbb. I. S. 281 f.

[6]) Preuß. Landr. I. 6. § 2—5, § 11, 12. — Oestr. GB. § 1294: „der Schade entspringt entweder aus einer widerrechtlichen Handlung oder Unterlassung eines Anderen oder aus einem Zufalle." — Zürich. GB. § 1837: „Jede Fahrlässigkeit, wenn sie in einem Handeln besteht, oder insofern die handelnde Person zu weiterem Handeln verpflichtet war, im Unterlassen dieser Handlung, verpflichtet zum Ersatz des widerrechtlich einem Andern zugefügten Schadens." — Sächs. GB. § 116, 117: „Wer durch Handlungen, seien es Begehungen oder Unterlassungen, die Rechte eines Anderen verletzt, ist, wenn ihm eine Verschuldung zur Last fällt, dafür einzustehen verbunden. Durch Unterlassungen kann nur derjenige eine Rechtsverletzung begehen, welcher einer Verbindlichkeit zum Handeln nicht nachkommt"; vgl. aber auch § 1484, 1486. — Aehnlich Dresden. Entw. art. 211.

Der Versuch Förster's I. § 89 N. 12 gegen Koch die Ansicht zu begründen, daß auch nach Preußischem Recht die Entschädigungsverbindlichkeit zur Voraussetzung ein positives Einwirken oder Eingreifen in die fremde Rechtssphäre habe, ist m. E. mißglückt.

und denselben Standpunkt nimmt im allgemeinen auch die Praxis ein[7]).

3. Während nach Römischem Recht die Voraussetzung für die Verpflichtung zum Schadensersatz die Schuld des Schadenden, injuria, ist, erklärte das ältere deutsche Recht denjenigen für ersatzverbindlich, welcher den Schaden verursacht hat, gleichviel ob ihn Schuld trifft oder nicht. „Es galt als Regel, daß man jeden Schaden ersetzen mußte, dessen wenn auch unschuldige Veranlassung man geworden war. Der hatte also die Last des Geschickes zu tragen, der gleichsam das willenlose Werkzeug in der unsichtbar lenkenden Hand gewesen, nicht derjenige, welcher dadurch eigentlich betroffen schien"[8]). Darum wurde auch der Schaden, welchen Kinder, Geisteskranke, überhaupt Leute ohne Zurechnungsfähigkeit verursacht hatten, aus ihrem Vermögen ersetzt und es konnte möglicherweise das schadende Kind dem Verletzten übergeben werden, um bei ihm die Schuld abzuverdienen[9]). Wer ohne daß man ihm Schuld geben kann, einen Andern verletzt oder tödtet, wird allerdings mit keiner öffentlichen Strafe belegt, aber er muß Schadensersatz leisten oder das Wergeld bezahlen[10]), so z. B. wenn er nach einem Vogel schießt und einen Menschen trifft[11]), wenn er einen Baum fällt und dabei ein Mensch

---

[7]) Seuffert III. 55 (Dresden), X. 165 (Braunschweig), XV. 129 Stuttgart), XXXI. 37 (Berlin), Entsch. d. ROH.Ger. XVI. 13. — Dagegen eingeschränkter Seuffert XXV. 128. S. 184 (Lübeck), XXIX. 237 (Berlin).

[8]) Wilda Strafrecht der Germanen. 1842 S. 552. — Vgl. darüber besonders Hepp die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts, insbesondere die Lehre von den Unglücksfällen nach den Grundsätzen des römischen und deutschen Rechts und der neueren Legislationen. Tüb. 1838 S. 121 ff., Wilda S. 544 ff., 547 f., 552 ff., 640 ff., John Strafrecht in Norddeutschland zur Zeit der Rechtsbücher 1858 S. 15 ff.

[9]) L. Salica 24. § 5, L. Frision. add. III. 70, Sachsensp. II. 65. § 1, III. 3, Richtst. 43. § 6, 9, Gosl. Statt. S. 42 Z. 8 ff., 13 ff. — Hepp S. 119 ff., Wilda S. 640 ff., Kraut Vormundschaft I. S. 339 ff., 357 ff., Rive Vormundschaft II. 1. S. 42 ff., II. 2. S. 50 ff., Emminghaus im Archiv f. prakt. Rechtswiss. N. F. VIII. S. 39 ff.

[10]) L. Saxon. 59, L. Angl. et Wer. 51, L. Frision. add. III. 69, Ed. Roth. 387.

[11]) Sachsensp. II. 38, Richtst. Ldr. 44. § 2, 3; daß er keine Schuld gehabt habe, wird im Brünner Schöffenb. art. 374 ausdrücklich vorausgesetzt. Vgl. dagegen Schwabensp. 182.

erschlagen wird[12]), wenn er ein Wasser staut und ein Kind, ein Knecht oder ein Stück Vieh darin ertrinkt[13]), wenn er reitet oder fährt und ein Kind unter das Pferd oder den Wagen läuft und getödtet oder verwundet wird[14]), wenn er Schlingen oder Gruben zum Wildfang legt und sich Jemand in denselben beschädigt[15]) u. s. w. Auch wer in berechtigter Nothwehr den Andern erschlägt, muß sein Wergeld bezahlen[16]).

Das neuere Recht seit der Reception hat im allgemeinen diesen ältern Standpunkt verlassen und macht nur denjenigen für den Schadensersatz verbindlich, welcher den Schaden verschuldet hat[17]). Der Schaden, welchen Kinder oder überhaupt unzurechnungsfähige Personen verursacht haben, wird nicht aus ihrem Vermögen ersetzt[18]); aber wenn der Vater, Vormund oder eine andere Person es an der schuldigen Aufsicht hat fehlen lassen und so mittelbar am Schaden Schuld ist, muß er für ihn einstehen[19]).

Einzelne Gesetzgebungen gehen noch weiter: so soll nach dem Preußischen Recht für den Schaden, welchen Wahn- und Blödsinnige oder Kinder unter sieben Jahren verursacht haben, deren Vermögen haften, „wenn der Beschädigte den Ersatz aus dem Vermögen der

---

[12]) L. Sax. 54; vgl. dagegen Schwabensp. 183.

[13]) similem restituat, L. Alam. 85.

[14]) Gosl. Statt. S. 41 Z. 1 ff.

[15]) L. Sax. 56, 58, L. Angl. et Wer. 61, vgl. auch L. Wisig. VIII 4. 23; dagegen kein Ersatz nach der L. Burgund. 72. — Nach L. Alam. Pact. III. 20 soll, wenn ein Pferd sich auf einem fremden Zaun aufspießt, der Eigenthümer des Zauns die Hälfte des Schadens ersetzen u. s. w.

[16]) Hepp S. 126 ff.

Ein Leipziger Schöffenurtheil bei Wasserschleben I. S. 350—352 mußte noch entscheiden, daß derjenige, auf dessen Veranlassung Jemand ins Gefängniß geworfen wird, nicht aufzukommen braucht, wenn dem Festgenommenen im Gefängniß ein Bein abfriert.

[17]) Preuß. Ldr. I. 6. § 10—12, 16. — Oestr. GB. § 1306: „den Schaden, welchen Jemand ohne Verschulden oder durch eine unwillkürliche Handlung verursacht hat, ist er in der Regel zu ersetzen nicht schuldig." — Sächs. GB. § 116: Schadensersatzpflicht für denjenigen, welchem „eine Verschuldung zur Last fällt", § 126. — Dresd. Entw. art. 212.

[18]) Zürich. GB. § 1835, Sächs. GB. § 119, Dresd. Entw. art. 213.

[19]) Bereits Richtst. Ldr. 43. § 7. — Preuß. Ldr. I. 6. § 57. — Oestr. GB. § 1308, 1309. — Zürich. GB. § 1835, 1872, 73. — Sächs. GB. § 779. — Dresd. Entw. art. 216. — Schweiz. Obl. R. art. 61. — Seuffert VII. 318.

Aufseher oder Aeltern nicht erhalten kann" (Preuß. Ldr. I. 6. § 41, 42); doch „haftet dasselbe nur so weit, als dadurch dem Beschädiger der nöthige Unterhalt, und wenn er ein Kind ist, die Mittel zu einer standesmäßigen Erziehung nicht entzogen werden" (§ 43). Und ebenso kann nach Oesterreich. Gesetzbuch § 1310 in gleichem Fall der Richter „mit Rücksicht auf das Vermögen des Beschädigers und des Beschädigten auf den ganzen Ersatz oder doch einen billigen Theil desselben erkennen"[20]). Auch ist es von der naturrechtlichen Schule seit Thomasius vielfach vertheidigt worden, daß der Schaden, welchen Kinder oder Geisteskranke verursachen, aus ihrem Vermögen ersetzt werden soll[21]). Ausdruck hat diese Rechtsauffassung im Code civil art. 1382 erhalten, wonach derjenige den Schaden zu ersetzen hat, par la faute duquel il est arrivé.

Besonders interessant ist der seit dem Mittelalter bis in die neuere Zeit hinein geltende Grundsatz, daß wenn zwei Schiffe an einander ansegeln oder anstoßen und dadurch eins oder beide beschädigt werden, für den Fall, daß keinem Schiffer eine Verschuldung nachgewiesen werden kann, der Eigenthümer jedes Schiffs dem Eigenthümer des andern die Hälfte seines Schadens ersetzen soll, also auch ohne Nachweis der Schuld wenigstens zum theilweisen Ersatz verpflichtet ist[22]). Erst das Handelsgesetzbuch art. 737 ist

---

[20]) Aehnlich Zürich. GB. § 1835: „Ausnahmsweise kann durch freies richterliches Ermessen auch in solchen Fällen dem Schädiger, wenn er eigenes Vermögen hat, der Schadensersatz ganz oder theilweise auferlegt werden"; ebenso Schweiz. Obl. R. art. 58.

[21]) Nachweise bei Hepp S. 175 ff., 243 ff. — De lege ferenda spricht sich auch Thon Rechtsnorm und subjektives Recht 1878 S. 106 f. dahin aus, daß in manchen Fällen, wo gegenwärtig wegen Fehlen von Schuld kein Ersatz geleistet wird, eine solche Verpflichtung unserm Gerechtigkeitsgefühl gemäß anerkannt werden sollte.

[22]) So in den verschiedenen Hanseatischen Schiffsrechten, Lüb. Recht (Hach) II. 137, Hamburger Schiffsrecht art. 21, 34 (Lappenberg S. 82, 86), revid. Hamb. Statt. II. 17. 6—8, revid. Lüb. R. VI. 4. 3, Bremer Schiffsr. (Oelrichs S. 298), Rigisch. Schiffsrecht 3 (v. Napiersky S. 194 f.), Preuß. Landr. II. 8. § 1911, 12, 16, 23, 24, 26. Vgl. auch C. de commerce art. 407 und die an Mittheilungen aus außerdeutschen Rechtsquellen sehr reiche Abhandlung von Lamprecht Schaden durch Zusammenstoß von Schiffen in Goldschmidt's Ztschr. XXI. 1876 S. 12—99, besonders S. 15 ff., 28 ff.; auch Jebens in Busch Arch. VI. 1865 S. 404—432.

zur Auffassung des Römischen Rechts übergegangen: „Fällt keiner Person der Besatzung des einen oder des anderen Schiffs ein Verschulden zur Last, oder ist der Zusammenstoß durch beiderseitiges Verschulden herbeigeführt, so findet ein Anspruch auf Ersatz des dem einen oder anderen oder beiden Schiffen zugefügten Schadens nicht statt"[22a]).

4. Wer Schadensersatz fordert, hat nach den allgemeinen Beweisgrundsätzen zu beweisen, daß der in Anspruch genommene den Schaden verschuldet hat, falls nicht ohne weiteres den Umständen nach zu präsumiren ist, daß die schadende Thatsache von ihm verschuldet ist[23]). Da aber der Nachweis der Schuld in vielen Fällen

---

[22a]) Als singuläre, aber mit der Auffassung des ältern Rechts im Zusammenhang stehende Bestimmung führe ich Preuß. Berggesetz v. 1865 § 148 an: „der Bergwerksbesitzer ist verpflichtet, für allen Schaden, welcher dem Grundeigenthum . . . durch den . . . Betrieb des Bergwerks zugefügt wird, vollständige Entschädigung zu leisten, ohne Unterschied, ... ob die Beschädigung von dem Bergwerksbesitzer verschuldet ist und ob sie vorausgesehen werden konnte oder nicht".

Eine andere singuläre Vorschrift enthält das Zürich. GB. § 1885—1887: der Eigenthümer eines Gebäudes sei ersatzpflichtig für den durch Einsturz angerichteten Schaden, „wenn derselbe als Folge einer fehlerhaften Anlage oder einer mangelhaften Unterhaltung zu betrachten ist". „Ueberdem ist der Beschädigte auch in den Fällen, wo der Eigenthümer eines eingestürzten Gebäudes oder andern Werkes nicht verantwortlich ist für den daherigen Schaden, berechtigt, auf die dem letztern zugehörigen, aber auf sein Gebiet gefallenen Materialien und Sachen zu greifen und sich bis auf den Werth seines erlittenen Schadens daran zu erholen". (Das Römische Recht giebt ihm nur ein Rententionsrecht). „Dasselbe Recht steht dem Beschädigten zu, wenn leblose Sachen eines andern . . . z. B. weggeschwemmte Sachen aus Zufall Jemandem Schaden angerichtet haben, insofern dieselben durch das zufällige Ereigniß in den Besitz des letzteren gelangt sind, und in soweit sie dazu dienen, jenen Schaden zu decken." — Andere Partikularrechte, z. B. C. civ. 1386, Schweiz. Entw. art. 102 lassen den Eigenthümer für den durch Einsturz seines Gebäudes herbeigeführten Schaden nur dann haften, wenn ihn eine Schuld trifft. Dies war auch der Standpunkt der Quellen des spätern Mittelalters. Z. B. Gosl. Statt. S. 90 Z. 14 ff.: der Hauseigenthümer haftet für den Schaden, welchen der Einsturz seines Hauses verursacht, nur dann, wenn ihm von der Obrigkeit geboten ist, Vorsichtsmaßregeln wegen des Hauses zu treffen; ähnlich Lüb. R. (Hach) III. 368.

[23]) v. Wächter II. § 113, v. Bar in Grünhut's Ztschr. IV. S. 76 N. 78. — Preuß. Landr. I. 6. § 24—26. — In der Praxis ist die Beweis-

sehr schwer zu führen ist, haben neuere Gesetze, wohl in Anlehnung an die dem altdeutschen Recht angehörende weitgehende Verhaftung für den verursachten Schaden, bisweilen die Beweislast umgedreht; sie lassen auch ohne Nachweis der Schuld den Beschädiger haften, falls er nicht den Beweis seiner Schuldlosigkeit führen kann[34]).

Ganz besonders ist das für Beschädigungen durch Eisenbahnen der Fall. Schon die Praxis war geneigt, dieselben in weitem Umfange für den von ihnen verursachten Schaden einstehen zu lassen, und rechtfertigte dies damit, daß der Betrieb auch bei größter Sorgfalt Gefahren herbeiführe und andererseits so gewinnbringend sei, daß ohne Unbilligkeit ihnen eine derartige Verpflichtung auferlegt werden dürfe: so soll die Bahn den Brandschaden ersetzen, welcher durch aus der Lokomotive fliegende Funken verursacht wird[35]), sie soll Ersatz leisten, wenn Sachen oder Personen dadurch beschädigt sind, daß sie sich wegen nicht geschlossener Barriere zur Zeit des herankommenden Zuges auf den Schienen befanden; die Bahn ist nur dann frei, wenn sie einen unvermeidlichen Zufall darthut[36]) u. s. w.

Das Preußische Gesetz vom 3. November 1838 § 25 hatte bestimmt: „die Gesellschaft ist zum Ersatz verpflichtet für allen Schaden,

---

last bestritten, vgl. z. B. Seuffert VII. 320, XVI. 112, besonders aber XXVII. 231.

[34]) Die strengen Grundsätze über die Verhaftung der nautae, caupones et stabularii für kontraktsmäßige culpa (Windscheid § 384) wurden auch auf andere Verhältnisse ausgedehnt: nach dem Hand. GB. art. 395 haftet der Frachtführer für Verlust oder Beschädigung des Guts, falls er nicht beweist, „daß der Verlust oder die Beschädigung durch höhere Gewalt (vis major) oder durch die natürliche Beschaffenheit des Guts . . . . oder durch . . . . Mängel der Verpackung entstanden ist"; dasselbe gilt für Eisenbahnen und sonstige öffentliche Transportanstalten art. 421 und für den Seetransport art. 607. — Nach dem Reichspostgesetz vom 28. Okt. 1871 § 11 hat die Postverwaltung den Reisenden im Fall körperlicher Beschädigung zu entschädigen, „wenn dieselbe nicht erweislich durch höhere Gewalt oder durch eigene Fahrlässigkeit des Reisenden herbeigeführt ist".

[35]) Seuffert X. 164, XIII. 235, XIV. 208. In dem Bestreben den römischen Satz festzuhalten, daß ohne Schuld kein Ersatz zu leisten ist, gelangt der Baierische höchste Gerichtshof (XIV. 208) zu dem Ausspruch: „der Betrieb einer Eisenbahn durch Lokomotiven führt nothwendig und unzertrennlich eine kulpose Handlungsweise mit sich" (!).

[36]) Seuffert X. 165.

welcher bei Beförderung auf der Bahn an den auf derselben beförderten Personen und Gütern oder auch an andern Personen und deren Sachen entsteht und sie kann sich von dieser Verpflichtung nur durch den Beweis befreien, daß der Schade entweder durch eigene Schuld des Beschädigten oder durch einen unabwendbaren äußern Zufall bewirkt worden ist. Die gefährliche Natur der Unternehmung selbst ist als ein solcher, von dem Schadensersatz befreiender Zufall nicht zu betrachten."

Das Oestreichische Gesetz vom 5. März 1869 vermuthet, wenn ein Mensch durch eine Eisenbahn getödtet oder verletzt ist, „daß die Ereignung durch ein Verschulden der Unternehmung . . . . eingetreten sei", und läßt die Bahn von dem Ersatz nur durch den Beweis frei werden, „daß die Ereignung durch einen unabwendbaren Zufall (höhere Gewalt — vis major) oder durch eine unabwendbare Handlung einer dritten Person, deren Verschulden sie nicht zu vertreten hat, oder durch Verschulden des Beschädigten verursacht wurde" [27]).

Für ganz Deutschland hat das sg. Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871 § 1 bestimmt [28]): „Wenn bei dem Betriebe einer Eisenbahn [29]) ein Mensch getödtet oder körperlich verletzt wird, so haftet der Betriebsunternehmer für den dadurch entstandenen Schaden, sofern er nicht beweist, daß der Unfall durch höhere Gewalt oder durch eigenes Verschulden des Getödteten oder Verletzten ver-

---

[27]) An dasselbe schließt sich das Schweizer Haftpflichtgesetz vom 1. Juli 1875 (Goldschmidt Ztschr. XXI. S. 205 ff.) an; nach § 2 haftet die Transportanstalt für Tödtung oder Körperverletzung, sofern sie nicht beweist, „daß der Unfall durch höhere Gewalt oder durch Versehen und Vergehen der Reisenden oder Dritter bei der Transportanstalt nicht angestellter Personen ohne eigenes Mitverschulden der Anstalt oder durch die Schuld des Getödteten oder Verletzten selbst verursacht worden ist".

[28]) Ueber das Reichsgesetz vgl. besonders Römer das rechtliche Verhältniß der Haftung des Betriebsunternehmers aus dem Reichsgesetz zu der Haftung . . . . nach gemeinem Recht, in Goldschmidt's Ztschr. XVIII. 1873 S. 1 bis 32; Endemann die Haftpflicht der Eisenbahnen, Bergwerke u. s. w. Erläuterungen des Reichsgesetzes vom 7. Juni 1871, 2. Aufl. 1876 (3. Aufl. 1885); Georg Eger das Reichshaftpflichtgesetz 1876 (2. Aufl. 1879).

[29]) Daß zu den Eisenbahnen auch die Pferdebahnen zu rechnen sind, Entsch. des ROH.Ger. XXI. S. 237 f., Eger S. 36 ff.

ursacht ist"[30]). Das Gesetz unterscheidet nicht zwischen den Passagieren und Arbeitern oder Angestellten der Bahn, welche mit dem Unternehmer in einem Contraktsverhältniß stehen, und zwischen dritten Personen, welche beschädigt werden.

Wer gegen die Bahn einen Anspruch erhebt, hat nur die Thatsache der Tödtung oder Verletzung zu beweisen; die Bahn wird nur dann frei, wenn sie zu erweisen im Stande ist, daß der Schaden durch höhere Gewalt oder durch Schuld des Beschädigten herbeigeführt ist. Vermag sie dies nicht, so muß sie auch den von ihr verursachten, aber nicht verschuldeten und den zufälligen Schaden ersetzen. „Soweit das Gesetz die Schadensersatzpflicht in Bezug auf den durch höhere Gewalt verursachten Unfall verneint, stellt es zugleich die Haftung für den casus oder Zufall fest, mit alleiniger Ausnahme des unter den Begriff der höheren Gewalt fallenden, des casus cui infirmitas humana resistere non potest"[31]). Die Eisenbahn muß auch für den durch dritte Personen verursachten Schaden aufkommen[32]) und kann den Verletzten nicht an denjenigen verweisen, welcher ihn herbeigeführt hat[33]); wohl aber kann sich der Beschädigte aus eigenem Antrieb an ihn halten[34]).

5. Konkurrirt mit der Schuld des in Anspruch genommenen zugleich eine Schuld des Beschädigten[35]), so ist die Entscheidung

---

[30]) Eine Modifikation gilt nach dem Reichsges. v. 20. Dezb. 1875 art. 8 (S. 321): „Wenn bei dem Betriebe einer Eisenbahn ein im Dienst befindlicher Postbeamter getödtet oder körperlich verletzt worden ist, und die Eisenbahnverwaltung den nach den Gesetzen ihr obliegenden Schadensersatz dafür geleistet hat, so ist die Postverwaltung verpflichtet, derselben das Geleistete zu ersetzen, falls nicht der Tod oder die Körperverletzung durch ein Verschulden des Eisenbahnbetriebsunternehmers oder einer der im Eisenbahnbetrieb verwendeten Personen herbeigeführt worden ist".

[31]) Entsch. des ROH.Ger. XIII. S. 71.

[32]) Eger S. 64 f., 66 ff.

[33]) Eger S. 67 ff.

[34]) Eger S. 70.

[35]) Kein Ersatzanspruch, wenn ein Grundbesitzer sein Korn noch auf dem Felde stehen hat, während die übrigen Gemeindegenossen es bereits eingefahren haben, und es nun zertreten oder vom Vieh aufgefressen wird, ebenso wenn der Zehntherr das Getreide schon hätte abholen sollen und es nun beschädigt wird, Sachsensp. II. 48. § 2, 3, 7, Rechtsb. n. Dist. II. 10 d. 3; wer sein Feld nicht einzäunt oder mit einem Graben umgiebt, kann nur dolose, nicht kulpose Be-

mit Rücksicht auf den konkreten Fall zu treffen und „eine Abwägung des beiderseitigen Verschuldens hinsichtlich der Art und des Grades, sowie des Einflusses desselben auf den eingetretenen Unfall erforderlich“[35a]). Allgemeingültige detaillirtere Grundsätze lassen sich nicht aufstellen[36]). Im allgemeinen wird anzunehmen sein, daß wo der Beschädigte durch Anwendung der gewöhnlichen Vorsicht den Schaden hätte abwenden können oder wo gegenüber einem kleinen Versehen des Beschädigers eine große Nachlässigkeit des Beschädigten steht und die Schuld des letzteren als die überwiegende für die Herbeiführung des schädlichen Ereignisses erscheint, der Beschädigte keinen Ersatzanspruch hat[37]).

6. Wer dem Andern ersatzpflichtig ist, hat ihn ökonomisch in die Lage zu versetzen, in der er wäre falls der betreffende Schade nicht eingetreten wäre: er soll ihm seinen positiven Verlust und den entgangenen Gewinn ersetzen. Der Kläger hat die Höhe des Schadens zu liquidiren. Abgesehen von solchen Fällen, in denen feste Taxen für den zu leistenden Ersatz bestanden, durfte beim Streit über die Höhe[38]) der Beklagte nach den Quellen des ältern Rechts den Anspruch des Klägers „mit seinem Eide mindern“[39]). Mit der

---

schädigungen verfolgen, Rechts. n. Dist. II. 10 d. 1, Neumünst. Kirchspielsgebräuche art. 47. — Ueber das gemeine Recht auch Seuffert XXXII. no. 44, Entsch. des ROH.Ger. XX. S. 397 f.

[35a]) Entsch. des ROH.Ger. XX. S. 138.

[36]) Das Preuß. Ldr. I. 6. § 18—21, 25, 26 versucht solche Prinzipien aufzustellen; anders formulirt sie Zürich. GB. § 1840, 1841. — Schweiz. Obl. R. art. 51: „Ist auch dem Beschädigten ein Verschulden beizumessen, so kann der Richter die Ersatzpflicht nach Verhältniß ermäßigen oder gänzlich von derselben entbinden“.

[37]) Mit Rücksicht auf das Reichshaftpflichtgesetz vgl. Eger S. 134 ff., 225 ff. und Entsch. des ROH.Ger. XX. S. 136 ff., 242 ff. — Höchst bedenklich ist das von v. Bar in Grünhut's Ztschr. IV. S. 75 vertheidigte Prinzip: überall schließt eigene culpa des Beschädigten, sofern sie zuletzt eintritt, jeden Anspruch auf Schadensersatz aus, vgl. auch S. 82 N. 86.

Nach dem Schweiz. Haftpflichtgesetz art. 2 wird auch bei eigener Schuld des Beschädigten der Transportunternehmer nur frei, wenn ihn gar keine Schuld trifft.

[38]) Feststellung des Schadens durch Sachverständige, z. B. Rechtsb. n. Dist. II. 8 d. 2, München. Stdtr. art. 162, Recht v. Valenciennes v. 1114 § 32 (Warnkönig v. d. Wichtigkeit der Kunde des Belgischen Rechts S. 43).

[39]) L. Angl. et Wer. 44 (dagegen L. Alam. Hloth. 70), Sachsensp. III.

Reception des Römischen Rechts nahm man den Würderungseid (juramentum in litem) auf, gab aber auch dem Richter die Befugniß unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse die Höhe des Schadens festzustellen[40]).

Der römische Satz, daß bei der aquilischen culpa nicht der Werth der Sache zur Zeit des verursachten Schadens, sondern der höchste Werth zu ersetzen sei, welchen sie innerhalb bestimmter Zeit vor der Schadenszufügung gehabt habe, — wodurch also möglicherweise zum Schadensersatz noch eine Privatstrafe hinzutrat, — scheint von der deutschen Praxis nicht recipirt worden zu sein[41]) und hat jedenfalls in den neueren Gesetzen keine Aufnahme gefunden[42]).

In der Erkenntniß, daß der Nachweis des entstandenen Schadens und seiner Höhe oft schwer zu führen ist, waren im ältern Recht entweder feste Summen angegeben, welche bei der betreffenden Schadenszufügung zu zahlen waren[43]), oder hatte der Richter arbiträr dem Schuldigen die Zahlung einer Summe aufzuerlegen, welche von ihm in freier Weise unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse, zum Theil auch mit Berücksichtigung des Maßes seiner Schuld bestimmt wurde.

Unter diesen Gesichtspunkt gehört in dem neueren Recht die Buße, zu welcher der Richter den Schuldigen bei Beleidigungen, Körperverletzungen und bei Verletzungen des Urheberrechts „statt jeder Entschädigung" neben der Strafe verurtheilen kann[44]). Sie ist eine

---

47. § 1, 51 § 2, Gosl. Statt. S. 70 Z. 3 ff., Rechtsb. n. Dist. III. 33 A. d. 1, Lüb. R. II. 195, III. 206, Wasserschleben I. S. 414 oben, Höfer Urkunden II. no. 29, 82 (a. 1314, 1322), Raumer C. D. Brandenb. I. p. 84. — Platner histor. Entwick. II. S. 388 f., Laband vermög. Klagen S. 68 N. 23.

[40]) Gegenwärtig Civil-Proz.O. § 260.

[41]) Windscheid § 455 N. 20 ff.

[42]) Eine durchaus eigenthümliche Bestimmung enthält Preuß. Ldr. I. 6 § 85: „Ist der Schade aus Vorsatz oder grobem Versehen zugefügt worden, so muß der höchste Werth, welchen die Sache . . . . . in dem Zeitraum zwischen der Schadenszufügung und der dem Beschädiger zugestellten Klage gehabt hat, vergütet werden"; § 88: bei mäßigem oder geringem Vergehen ist nur „der zu Zeit der Schadenszufügung vorhanden gewesene gemeine Werth" zu ersetzen.

[43]) Vgl. über den Contraktsbruch oben § 182 N. 8, Löning Vertragsbr. S. 99, 112 ff., 115 N., 118 ff.

[44]) StrafGB. § 188, 231, ReichsGes. v. 11. Juni 1870 § 18 Abs. 4, v.

arbiträr von dem Richter, welcher die öffentliche Strafe verhängt, zu bestimmende Entschädigung, welche auch ohne den bestimmten Nachweis der Höhe des erlittenen Schadens an den Beschädigten oder Beleidigten zu zahlen ist und an die Stelle jedes sonstigen Schadensersatzes tritt[45]).

---

30. Novb. 1875 § 5, vom 9. Jan. 1876 § 16, vom 10. Jan. 1876 § 9, vom 11. Jan. 1876 § 14, vom 25. Mai 1877 § 36.

[45]) Ueber die verschiedenen Ansichten über die Buße, ob sie Privatstrafe oder Schadensersatz oder beides zusammen ist, vgl. C. G. v. Wächter die Buße bei Beleidigungen und Körperverletzungen, Leipz. 1874 und Dochow die Buße im Strafrecht und Strafprozeß. Jena 1875, weitere Literaturangaben aus neuester Zeit bei Kohler Patentrecht S. 647.

v. Wächter S. 17 sagt: „die Buße ist nicht lediglich Privatstrafe, auch nicht lediglich Schadensersatz, sondern sie soll auf Schadensersatz und Privatstrafe zugleich gehen, also beide Funktionen verbinden“. Ihm schließt sich an Windscheid § 326 N. 11, Ost. Wächter AR. S. 248 ff., UR. S. 246 ff. —

Daß sie eine Privatstrafe sei, Beseler § 113 zu N. 3, Klostermann UR. S. 258 f., Comment. zum Patentges. S. 263 f., Stooß zur Natur der Vermögensstrafe, Inaug.-Diss. Bern 1878 S. 27 ff.

Daß sie ein arbiträr vom Richter auszusprechender Schadensersatz sei, Dochow S. 9 ff., 14 ff., Dernburg II. § 79, Dambach in Holtzendorff's Handb. d. D. Strafr. III. S. 1041, Bruns in Holtzendorff's Encyklopädie § 72, Gareis Patentgesetz S. 264 f., Kohler Patentrecht S. 594, 639 ff. Ich stimme letzterem zu, wenn er S. 651 sagt: „Die Buße ist allerdings Entschädigung und nur Entschädigung; allein sie ist nicht bloß vermögensrechtliche Entschädigung, sondern auch Entschädigung für den vom Verletzten empfundenen körperlichen oder psychischen Schaden“.

Allerdings hat die Buße nach der Straf-Proz.O. 444 Abs. 4 den Charakter einer actio vindictam spirans erhalten: „Der Anspruch auf Buße kann von den Erben des Verletzten nicht erhoben oder fortgesetzt werden“.

Schadensersatz und Privatstrafe sind an sich disparate Leistungen, vgl. darüber Binding Normen I. S. 166 ff. In der That aber werden beide mit einander verbunden in dem Schweiz. Obl. R. art. 51: „Art und Größe des Schadensersatzes wird durch richterliches Ermessen bestimmt in Würdigung sowohl der Umstände als der Größe der Verschuldung“. Vgl. auch art. 116 (v. 1877 art. 143). Es wird also zunächst die Höhe des Schadens arbiträr festgesetzt und je nach der Größe der Schuld des Schädigers zu dieser Summe noch ein Zuschlag als Privatstrafe gemacht. Jedenfalls ist es ein unglücklicher Ausdruck diese nach komplicirten Rücksichten bemessene Summe noch Schadensersatz zu nennen.

§ 201. Haftung für den durch andere Personen verursachten Schaden[1]).

Von dem allgemeinen Princip, daß Jeder nur für den von ihm verursachten oder verschuldeten Schaden einsteht, sieht jedes Recht sich genöthigt einzelne Ausnahmen anzuerkennen: unter Umständen hat eine Person auch für fremde culpa einzustehen. Dies findet theils statt in Fällen, wo eine kontraktlich verpflichtete Person sich zur Ausführung der von ihr übernommenen Leistung eines Gehülfen bedient und der Gehülfe bei dieser Ausführung dem andern Contrahenten eine Beschädigung zufügt (kontraktliche Culpa), theils in solchen Fällen, wo Jemand in anderer Weise als bei Ausführung einer vertragsmäßigen Leistung einem Andern einen Schaden zufügt (aquilische Culpa) und nun eine dritte Person dem Beschädigten dafür einzustehen hat. Wenngleich beide Arten von Fällen begrifflich von einander zu unterscheiden sind, so ist es doch in concreto oft schwer zu entscheiden, ob der Schaden, welchen eine Person Jemandem zufügt, „in Ausführung der übernommenen Leistung" oder nur bei „Gelegenheit der übernommenen Leistung" erfolgt ist, ob es sich also um Contraktswidrigkeit oder um ein Delikt, um kontraktliche oder aquilische Culpa handelt[2]). Demgemäß hat das neuere Recht in einer ganzen Reihe von Fällen, in denen ein Prinzipal sich eines Gehülfen bedient, eine gleichmäßige Verhaftung für kontraktliche und außerkontraktliche Culpa angeordnet[3]). Es ist daher auch gerechtfertigt, wenn wir, obgleich die Frage nach der Verhaftung für fremde Delikte unsere Hauptaufgabe bildet, an diesem

---

[1]) v. Wyss die Haftung für fremde culpa nach Röm. Recht 1867. — Goldschmidt über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen, in s. Ztschr. XVI. 1871 S. 287—382 (besonders S. 367 ff. über das neuere Recht, Praxis und Gesetzgebung). — Wäntig über die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen nach röm., gemeinem, königl. sächs. u. neuerem deutschem Reichsrechte Leipz. 1875. — Die Abhandlung von Körner in der Ztschr. für Rechtspfl. und Verw. Sachsens XLIII. 1877 S. 289—347 bezieht sich nur auf kontraktliche culpa und schließt sich wesentlich an Goldschmidt an.

[2]) Goldschmidt a. a. O. S. 293 ff.

[3]) Goldschmidt S. 369 ff.

Ort auch gelegentlich die kontraktliche Culpa des Gehülfen berücksichtigen.

Die Verpflichtung den von fremden Personen angerichteten Schaden zu ersetzen wird überall darin ihren Grund haben, daß zwischen demjenigen, welcher den Schaden verschuldete, und demjenigen, welcher für ihn einsteht, ein Familien- oder Gewalts- oder kontraktliches Verhältniß besteht, und daß bei Verweisung des Beschädigten an den direkt Schuldigen sein Anspruch nicht ausreichend sicher gestellt sein würde[4]). Wegen dieser bei den verschiedenen Völkern sich gleichmäßig geltend machenden Umstände galten im alten römischen und im alten deutschen Recht wesentlich übereinstimmende Sätze; nach beiden haftete der Hausherr für die Delikte seiner Kinder und seiner Leibeigenen und konnte sich durch Uebergabe oder Preisgeben derselben von der Haftung frei machen.

I. Nach den Volksrechten, deren Bestimmungen im einzelnen freilich viele Abweichungen zeigen, sollte der Herr ganz ebenso, wie er den von seinen Thieren begangenen Schaden zu ersetzen hatte, auch für die Vergehen seiner Leibeignen einstehen[5]). Es war nicht genug damit, daß der Leibeigne einer öffentlichen Strafe unterworfen oder für seine That getödtet wurde, der Herr mußte auch noch den Schaden ersetzen oder eine Buße zahlen[6]). Nach einigen

---

[4]) v. Wyß S. 2.

[5]) Kraut Vormundschaft I. S. 347 ff., Hepp die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts. 1838 S. 163 f., Wilda S. 652 ff.

[6]) L. Saxon. 51: Si servus scelus quodlibet nesciente domino commiserit, ut puta homicidium, furtum, dominus ejus pro illo juxta qualitatem facti multam conponat. — L. Angl. et Wer. 59: Omne damnum, quod servus fecerit, dominus emendet.

Vgl. z. B. Tödtung einer ancilla L. Sal. 25. § 3, eines servus L. Rib. 28, Diebstahl L. Sal. 12, 40. § 1, 2 L. Rib. 29, Ed. Roth. 258, Grimoald. 9, Liutpr. 11, L. Fris III. 7, L. Baiw. II. 6, L. Burg. IV. 2, 4, LXIII. § 2, Brandstiftung L. Baiw. I. 6, Beleidigung L. Burg. LXXII. 2, raptus einer freien Frau L. Angl. et Wer. 58, Fleischesverbrechen L. Liutpr. 121, Körperverletzung L. Rib. 22. — Will der Herr den Verbrecher nicht dem Gericht stellen, so hat er für ihn ganz so einzustehen, als wenn er selbst der Verbrecher wäre, L. Sal. 40. § 4, 5. — Bisweilen soll die Buße dieselbe sein, wie wenn der Herr die That begangen hätte, L. Fris. I. 22, IX. 17, bisweilen ist sie geringer, L. Fris. I. 13. Da wo der Leibeigene dem Verletzten übergeben wird, damit er an ihm eine Strafe vollziehen könne, oder wo er getödtet wird, soll

Gesetzen aber wurde der Herr ähnlich wie bei der römischen noxae datio von der Verpflichtung zur Bußzahlung frei, wenn er dem Beschädigten den Leibeignen zu Eigenthum übergab[7]). Grund für seine Verpflichtung ist der Umstand, daß der Leibeigene zu seiner Hausgenossenschaft gehört[8]); behält ihn der Herr, nachdem das Delikt begangen ist, so wird er für seine Handlungen verbindlich[9]).

II. 1. Die spätern Quellen enthalten über die Verhaftung für die Leibeignen keine eingehenden Bestimmungen, wohl weil die Leibeigenschaft größtentheils nur für die Bauern bestehen blieb, wogegen für die in der Hausgenossenschaft mit dem Herrn stehenden abhängigen Leute sich das freiere Gesindeverhältniß ausbildete. Im allgemeinen soll der Herr für seine Leute einstehen. Aber an vielen Orten gilt das doch nur, wenn er den Knecht, von dem er erfahren hat, daß er den Schaden begangen hat, noch weiter behält; dagegen soll er frei werden, wenn er ihn entläßt, nachdem ihm diese Kunde geworden ist[10]). Je mehr sich aber die kontraktliche Stellung des

---

nach einigen Gesetzen der Werth des Sklaven von der zu zahlenden Buße abgezogen werden, L. Baiw. VIII. 2, Ed. Roth. 142, Grim. 3; nach L. Sal. 35. § 4 ist die halbe Buße zu zahlen und wird statt der andern Hälfte der Leibeigne übergeben.

[7]) L. Alam. Hloth. 31, 2, L. Baiw. VIII. 9, L. Burg. II. 3, 5. — L. Burg. XXI. § 2: arbeitet der Knecht als Handwerker für das Publikum, so soll, wenn er etwas everterit, der Herr für ihn die Buße zahlen aut servi ipsius, si maluerit, faciat cessionem. — In Betreff des Liten L. Sax. 18. — Läßt der Herr den Leibeignen einfach frei, so ist er seiner Verpflichtungen nicht ledig; Capit. a. 803. c. 5 (Mon. LL. I. p. 117): nemini liceat servum suum propter damnum ab illo cuilibet inlatum dimittere; sed juxta qualitatem damni dominus pro ipso respondeat, vel eum in compositione aut ad poenam petitoris offeret.

[8]) Hat der Herr ihn in den Besitz einer andern Person gegeben, so steht dieser jetzt für seine Handlungen ein, L. Rib. LXXII. 4. — Selbst wenn der Leibeigne dem Herrn entläuft und auf der Flucht ein Verbrechen begeht, muß der Herr theilweisen Ersatz leisten, und er haftet unbeschränkt, wenn er ihn wieder aufnimmt, Ed. Roth. 256, Grim. 3, vgl. auch L. Baiw. XX. 1. — Dagegen kann nach L. Sax. 52, Cap. a. 803. c. 5. p. 117 der Herr, wenn der Knecht nach der That entflieht, sich durch den Beweis befreien, daß das Delikt ohne seinen Willen geschehen sei.

[9]) L. Sax. 53. (N. 10); vgl. auch die Stellen in N. 8.

[10]) Andeutungsweise bestimmt das schon die L. Sax. 52, 53: Si servus perpetrato facinore fugerit, ita ut a domino ulterius inveniri non possit,

Gesindes entwickelt, um so weniger bestimmt tritt die Haftung des Herrn hervor: so soll er nach vielen Quellen nur soweit haften, als er dem Gesinde noch Lohn schuldig ist, d. h. er selbst haftet gar nicht[11]).

2. Wie der Herr für sein Gesinde, so haftet auch derjenige, welcher einen fremden Mann in sein Haus aufgenommen hat, für den von ihm verursachten Schaden[12]).

---

nihil solvat. Si domino factum servi inputetur, quasi consentiret, sua duodecima manu jurando se purificet. Si servus iterum a domino receptus fuerit, multam pro illo conponat. — Dasselbe galt auch für den liber loco wadii, Capit. a. 803. c. 8. p. 114: hat er ein damnum begangen, so soll derjenige, qui eum in loco wadii suscepit, aut damnum solvat, aut hominem in mallo productum demittat. — Salzburger Taidinge (herausg. v. Siegel und Tomaschek) I. S. 23 Z. 28: beklagt sich der Beschädigte über einen Knecht, einen Sohn, eine Tochter oder einen sonstigen Brodboten beim Hausherrn, so soll dieser ihm noch einmal zu essen geben und ihn dann sein Gut nehmen und von dannen gehen lassen; behält er ihn länger in seinem Hause, so soll der Vater oder Herr ihn wegen Wandel und Schaden vertreten. Aehnlich S. 33 Z. 40 ff.: der Herr oder Vater ist frei, wenn er ihn unmittelbar nach der Kunde vom Schaden gehen heißt; aber er muß für ihn antworten, wenn er ihn wieder in seine Behausung nimmt, ihm Brod giebt oder ihn über Nacht behält; S. 55 Z. 3 ff., S. 66 Z. 32 ff. — Grimm Weisth. VI. S. 149 § 2: weiß der Herr nichts von dem Delikt, so steht er auch für nichts ein; wenn er aber den Delinquenten nach der Klage länger behält, als daß er ihm eine Suppe gebe, muß er für ihn antworten. — Hadeln. Landr. II. 21, Wurster Küren § 15 (Pufend. I. p. 24, III. p. 116). — Vgl. auch Kive Vormundschaft II. 2. S. 56 f., 166 f., der aber mit Unrecht die Verantwortlichkeit auf eine gewisse Begünstigung der Hausgenossen zurückführt. — Vgl. die verwandten Grundsätze für die Beschädigungen durch Thiere § 202 N. 12 ff.

[11]) Sachsensp. II. 32. § 1, Gosl. Statt. S. 46. Z. 33 ff.: der Herr steht nicht für den Schaden ein, wenn er des Raths und der That unschuldig ist; Salzb. Taid. S. 55 Z. 27: er steht nicht ein, gleichviel ob das Gesinde wider in seins herrn brot käme oder nicht; Purg. V. 52 hebt hervor, daß der Herr für eigne Knechte und Mägde zu antworten verpflichtet sei.

Vgl. unten § 202 N. 9 über den Fall, daß dem Gesinde die Obhut über das Vieh des Herrn anvertraut ist: der Kutscher steht für den Schaden ein, welchen er mit des Herrn Pferden und Wagen angerichtet hat; doch kann sich der Beschädigte auch an den Herrn halten, der aber durch Aufgeben der Thiere und des Wagens frei wird.

[12]) So der Bauer, welcher ohne Genehmigung der Nachbarn Jemand in seine Wohnung aufnimmt als ingeheus, Tiroler Weisth. I. S. 192 Z. 11 ff., überhaupt wer einen fremden Mann beherbergt: er steht für ihn ein, wenn er

3. In verschiedenen Anwendungen ist es anerkannt, daß wer sich bei Ausführung kontraktlicher Leistungen der Beihülfe dritter Personen bedient, für deren Versehen einzustehen hat. Der Fuhrmann, welcher einen Knecht zur Bewachung der ihm überlieferten Güter anstellt, haftet, wenn etwas gestohlen wird und hat seinerseits den Regreß an den Knecht[13]; der Spediteur haftet für den Zwischenspediteur, dessen er sich bedient[14]; der Handwerker, welcher den ihm zur Bearbeitung eingehändigten Stoff dem Gesellen übergiebt, haftet, wenn dieser etwas davon entwendet[15]; der Besitzer einer Badeanstalt haftet, wenn Jemand, der bei ihm badet, den Badedienern seine Kleider oder sonstigen Sachen übergeben hat und etwas davon fortkommt[16].

Als allgemeines Prinzip wird der obige Satz nirgends ausgesprochen, sondern er wird nur in einzelnen Anwendungsfällen zur Geltung gebracht. Aber einmal wird in höchst bezeichnender Weise der Grund für diese Verhaftung angegeben: das ist darumb gesetzt das man siecht voran dy wirtleut und nicht di eehalten[17]: wer in rechtliche Beziehungen mit dem Gehülfen tritt, will doch die Wirkungen dieser Beziehungen auf den Herrn bezogen wissen. Wie bei dem Contrahiren durch Stellvertreter die Wirkungen auf den Prinzipal bezogen werden, so wird dem Geschäftsherrn auch die Culpa seiner Gehülfen zugerechnet.

III. Nach Römischem Recht haftet derjenige, welcher den

---

ihn länger als 24 Stunden bei sich hat, Tiroler Weisth. I. S. 107 Z. 1, S. 130 Z. 34 ff., S. 171 Z. 14 ff., S. 183 Z. 32 ff. — Salzb. Taid. S. 27 Z. 29 ff., S. 33 Z. 30 ff., Chlumecky Mährische Weisth. S. 58 § 35: bis an den dritten Tag kann man ihn ohne Verantwortung beherbergen, vgl. auch Wilda S. 674 N. — Nach einer Meining. VO. v. 1787 haftet der Vermiether für den von ihm ohne obrigkeitliche Erlaubniß aufgenommenen Miethsmann wegen Holz-, Garten- und Felddiebstahl (Heimbach § 260 N. 3).

Ueber die Verpflichtung des Burgherrn für die von seiner Burg aus erfolgten Beschädigungen Sachsensp. II. 72 mit den bei Homeyer angegebenen Parallelstellen und Hasenöhrl österr. Landesrecht S. 163 f.

[13]) Thomas Frankf. Oberhof. S. 318 no. 52.

[14]) Neumann Magdeb. Weisth. no. 47. a. 1474.

[15]) Glogauer Rechtsb. c. 600.

[16]) Münch. Willkür bei Auer Münch. Stdtr. art. 511 S. 192, Ruprecht v. Freis. II. c. 39, Iglauer Recht bei Tomaschek Oberhof. S. 111 § 200.

[17]) Ruprecht v. Freis. II. c. 39.

Schaden nicht direkt herbeigeführt hat, bekanntlich nur dann, wenn ihn selbst eine Schuld trifft, sei es, daß er bei der Auswahl seiner Gehülfen nicht sorgfältig verfuhr (culpa in eligendo), sei es daß er es an der erforderlichen Beaufsichtigung der von ihm abhängigen Personen fehlen ließ (vgl. auch oben § 200 N. 19) oder sonst bei der Schuld betheiligt war. Für einzelne Verhältnisse geht das Römische Recht weiter: abgesehen von der Haftung des paterfamilias für die Delikte der Sklaven und der seiner patria potestas unterliegenden Personen muß der Gastwirth, Stallwirth und Schiffer auch für Entwendungen und Beschädigungen einstehen, welche sein Dienstpersonal an den Sachen der Reisenden begeht[18]), und der Inhaber einer Wohnung haftet für den durch Ausgießen oder Hinauswerfen angerichteten Schaden und kann sich nur im Regreßwege an den eigentlichen Thäter halten[19]).

Im ganzen gehen auch die modernen Codifikationen von der Regel aus, daß man nicht für fremde widerrechtliche Handlungen einzustehen hat[20]). Demgemäß ist denn auch die Verhaftung für die Dienstboten eine mäßigere, als nach älterm deutschem Recht. Der Herr haftet nur, wenn ihn selbst eine Schuld trifft, also wenn er die schädliche Handlung gewollt oder wenn er sie, während er es gekonnt hätte, nicht verhindert hat, oder wenn er es an der gebührenden Aufsicht hat fehlen lassen, oder wenn er die gefährdenden Eigenschaften des Gesindes kannte und es dennoch behielt, oder wenn er dem Gesinde Verrichtungen auftrug, für die es demselben an der erforderlichen Geschicklichkeit oder sonstigen Eigenschaft fehlte (culpa in eligendo)[21]). Dies gilt auch, wenn durch das Gesinde

---

[18]) Windscheid § 454 N. 21, § 457 N. 5, Wäntig S. 51 ff. Auch anerkannt im neueren Recht, z. B. Oestr. GB. § 970, 1316, Seuffert XXIV. no. 32. I., II., Entsch. des ROH.Ger. XI. S. 343 ff.

[19]) Wäntig S. 61 ff.; auch z. B. Oester. GB. § 1318, Sächs. § 1554 ff., Badensches GB. art. 1384[a], eine Abschwächung enthält Preuß. Ldr. I. 6. § 66 ff.

[20]) Vgl. über die neueren Gesetzgebungen Goldschmidt Ztschr. XVI. S. 374 ff.

[21]) Solmser Landr. II. 3. § 9, Emminghaus S. 410 no. 11, 12, Steinacker S. 107, Preuß. Ldr. I. 6. § 60—62, 64, Seuffert XIV. no. 35. Vgl. auch Zürich. GB. 1873. — Ueber das weiter gehende französische Recht vgl. gleich oben im Text. — Eine zweckmäßige Spezialbestimmung enthält das Zürich. GB. § 1132 für den Fall des Commodats; „der Entlehner haftet dem

ein Feuerschaden verursacht ist; der Herr kommt nur auf, wenn er wußte, daß das Gesinde mit Feuer und Licht unvorsichtig umgeht[22]).

In der Praxis hat sich aber dem ältern Recht gemäß zum Theil eine darüber hinausgehende Verhaftung erhalten, indem der Hausherr, auch wenn ihn keine culpa in eligendo oder in der Beaufsichtigung trifft, doch für die Handlungen seiner Familienangehörigen oder Bediensteten haften soll.

Am weitesten geht das französische Recht[23]), welches zwischen kontraktlicher und außerkontraktlicher culpa nicht unterscheidet. Code civil 1384: die Eltern stehen ein für ihre minderjährigen bei ihnen wohnenden Kinder, les maitres et commettans für ihre domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés, die Lehrer und Handwerksmeister für ihre Zöglinge und Lehrlinge pendant le temps, qu'ils sont sous leur surveillance. Die Eltern, Erzieher und Handwerksmeister werden nur durch den Nachweis frei, daß sie die schadenbringende Handlung nicht verhindern konnten.

Andererseits hat auch die moderne Gesetzgebung jenes nach Römischem Recht für Wirthe und Schiffer geltende Prinzip erweitert und auf andere Verhältnisse ausgedehnt. So wie der Prinzipal durch die in seinem Namen von seinen Vertretern geschlossenen Verträge verhaftet wird, so soll er auch für die im Zusammenhange mit ihrem Dienst- und Vertretungsverhältniß von ihnen begangenen Beschädigungen einstehen. Das Gesetz rechnet ihm ihre Handlungen an, wobei der Gesichtspunkt mitwirkt, daß wenn der Beschädigte sich lediglich an den Vertreter halten müßte, er wegen geringerer Solvenz desselben, oft keinen Ersatz erreichen würde.

1. Partikularrechtlich haftet derjenige, welcher die Herstellung eines Werks übernommen hat, für die Handlungen seiner Gehülfen[24]).

Leiher auch für den Schaden, welcher durch seine Familiengenossen, Dienstboten, Gäste verschuldet worden." Denn es empfiehlt sich, den Commodatar für mehr als für einfache culpa levis einstehen zu lassen; vgl. oben § 183 N. 14—16.

[22]) Sächs. Decis. v. 1661 no. 79, Preuß. Ldr. I. 6. § 63.

[23]) Ebenso geht auch das englische weiter, als das römische und deutsche Recht; vgl. darüber v. Bar in Grünhut's Ztschr. IV. S. 69 ff.

[24]) Preuß. Ldr. I. 11. § 930: „Er muß . . die Handlungen dieser von ihm selbst gewählten Gehülfen, gleich seinen eigenen, vertreten". — C. civ. 1797:

2. Während nach dem deutschen Seerecht des Mittelalters der Rheder nicht für die Schuld des Schiffers haftete[25]), soll er es nach den spätern Seerechten, auf welche möglicherweise das Römische Recht einwirkte[26]): der Rheder haftet subsidiär für seine Leute[27]). Nach dem Handelsgesetzbuch ist er aber prinzipaliter verpflichtet und kann sich nur durch Belangung des eigentlich Schuldigen schadlos halten. „Der Rheder ist für den Schaden verantwortlich, welchen eine Person der Schiffsbesatzung einem Dritten durch ihr Verschulden in Ausführung ihrer Dienstverrichtungen zufügt" (art. 451)[28]). Gleichgültig ist es, ob dies Verschulden sich auf die Erfüllung resp. Nicht-Erfüllung von Rechtsgeschäften bezieht oder keine Beziehung darauf hat; der Rheder haftet sowohl für die kontraktliche als die aquilische Culpa der Schiffsbesatzung, insofern sie in Ausführung der Dienstverrichtungen begangen wurde. Doch gilt nach neuerem Recht (Handelsges.Buch art. 452) ebenso wie nach den ältern Seerechten der Satz, daß der Rheder von jeder Ersatzverbindlichkeit durch Abtretung seines Rechts am Schiff (fortune de mer) frei werden kann. Wie der Eigenthümer von Pferden und Wagen, wenn er sie derelinquirt, nicht für den Schaden einzustehen braucht, welchen sein Knecht mit dem Fuhrwerk verursacht hat (vgl. hier N. 30 und unten § 202 N. 9), so kommt dem Abandon im Seerecht eine gleiche Wirkung zu.

3. Der Frachtführer soll für die Verschuldung seiner Leute einstehen. Wenngleich freilich die Neigung vieler gemeinrechtlicher Schriftsteller, die römischen Grundsätze vom receptum der Schiffer

---

„L'entrepreneur repond du fait des personnes qu'il emploie". — Das östreich. u. sächs. Recht lassen ihn nur für culpa in eligendo haften, Goldschmidt a. a. O. S. 376 ff.

[25]) Vgl. die reichhaltigen Ausführungen bei Goldschmidt in s. Ztschr. III. S. 341 ff.

[26]) Ueber die verschiedenen Quellen Goldschmidt a. a. O., auch Heise und Cropp Abhh. I. S. 467 ff.

[27]) Z. B. Preuß. Lbr. II. 8. § 1528, vgl. auch Seuffert XVIII. no. 248 (auch bei Goldschmidt Ztschr. X. S. 582—584).

[28]) Dies gilt nur für die Seeschifffahrt; für den Transport auf Flüssen und Binnengewässern kommen die Sätze über das Frachtgeschäft zur Anwendung, art. 390, vgl. auch Entsch. des ROH.Ger. VI. S. 396 f.

auf den Landtransport auszudehnen, mit Erfolg bekämpft wurde[29]), so bildete sich doch ein allgemeines Gewohnheitsrecht aus, daß der Frachtführer mit Rücksicht auf seine Transportverträge seinem Contrahenten nicht bloß für eigene Culpa, sondern auch für die Verschuldungen seiner Leute und sonstigen Vertreter einzustehen habe[30]). Dasselbe ist für ganz Deutschland im Handelsgesetzbuch (art. 400, 401) zur Anerkennung gebracht: „Der Frachtführer haftet für seine Leute und für andere Personen, deren er sich bei Ausführung des von ihm übernommenen Transports bedient"[31]). Es gilt auch für die Transportanstalten auf Flüssen und Binnengewässern, für Eisenbahnen und andere derartige öffentliche Unternehmungen[32]).

4. Das neuere Recht hat für Eisenbahnen die Verhaftung für die außerkontraktliche Culpa ihrer Bediensteten eingeführt, wenn durch dieselbe Personen getödtet oder verletzt worden sind[33]). Nach

---

[29]) Vgl. besonders die Nachweisungen bei Goldschmidt in s. Ztschr. III. S. 353 ff., 359 ff.

[30]) N. 13, 14. — Preuß. Ldr. II. 8. § 2459; Oestr. GB. § 1316: „Fuhrleute" verantworten ebenso wie Schiffer und Wirthe die Schäden, welche „ihre eigenen oder die von ihnen zugewiesenen Dienstpersonen" an den übernommenen Sachen verursacht haben. — Zürich. GB. 1654. — Das Preuß. Ldr. II. 8. § 2454 enthält eine Bestimmung, welche der Abtretung der fortune de mer im Seerecht parallel läuft. Die Inhaber öffentlicher Landkutschen, welche für die ihnen zum Transport übergebenen Sachen haften müssen, „können sich von dieser Verbindlichkeit gleich den Rhedern, durch Abtretung des Wagens, der Pferde und deren Zubehör, ingleichen der Frachtgelder befreien".

[31]) Vgl. auch in Betreff des Spediteurs Zürich. GB. 1647, Hand.GB. art. 384.

[32]) Hand.GB. art. 390, 421, Schweiz. Obl. R. art. 395. — Nach art. 427 können die Eisenbahnen bedingen, daß der Ersatz für beschädigte Güter „einen im Voraus bestimmten Normalsatz nicht übersteigen solle". „Im Falle einer böslichen Handlungsweise der Eisenbahnverwaltung oder ihrer Leute kann die Beschränkung der Haftpflicht auf den Normalsatz oder den angegebenen Werth des Guts nicht geltend gemacht werden." Weiter ging das Preuß. Ges. v. 3. Novbr. 1838 § 5: „für allen Schaden, welcher bei der Beförderung auf der Bahn an den auf derselben beförderten Personen und deren Sachen entsteht".

[33]) Das Reichsoberhandelsgericht (Entsch. XII. S. 79) behauptet, daß auch schon vor dem Reichshaftpflichtgesetz nach einem gemeinen deutschen Gewohnheitsrecht die Eisenbahnen verhaftet gewesen seien „sowohl für Verletzung des Transportvertrages durch ihre Leute als auch für den durch Verschuldung derselben außerhalb des Transportvertrages in der Ausübung ihrer Funktionen im Dienste des Transportunternehmers angerichteten Schaden, mit a. W. sowohl

dem Oesterreichischen Gesetz vom 5. März 1869 § 1 haftet die Eisenbahnunternehmung, „wenn durch eine Ereignung im Verkehre . . . die körperliche Verletzung oder Tödtung eines Menschen herbeigeführt wird", gleichviel ob die Schuld die Unternehmung oder diejenigen Personen trifft, deren sie sich zur Ausübung des Betriebes bediente. Ebenso bestimmt § 1 des Reichshaftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871[34]): „Wenn bei dem Betriebe einer Eisenbahn[35]) ein Mensch getödtet oder körperlich verletzt wird, so haftet der Betriebsunternehmer für den dadurch entstandenen Schaden, sofern er nicht beweist, daß der Unfall durch höhere Gewalt oder durch eigenes Verschulden des Getödteten oder Verletzten verursacht ist." Er haftet ohne weiteres für die Schuld seiner Bediensteten und wird nicht durch den Nachweis frei, daß er selbst keine Schuld, insbesondere keine culpa in eligendo habe.

Noch weiter geht das Schweizer Bundesgesetz vom 1. Juli 1875[36]), indem dasselbe (§ 1, 2) seine Bestimmungen für Tödtungen und Körperverletzungen „beim Bau einer Eisenbahn" und „beim Betriebe einer Eisenbahn- oder Dampfschifffahrtsunternehmung" trifft und § 3 bestimmt, daß „die Eisenbahn- und Dampfschifffahrtsunternehmungen . . . sowohl für ihre Angestellten, als für andere Personen haften, deren sie sich zum Betriebe des Transportgeschäftes, beziehungsweise zum Bau der Bahn bedienen."

Die angeführten Gesetze handeln nur von der Beschädigung oder Tödtung von Personen. Wird durch eine außerkontraktliche Culpa fremdes Gut beschädigt, welches der Transportanstalt nicht

---

für Contractsculpa als für sg. aquilische Culpa, welche in Ausübung jener Funktionen begangen wird". Neu eingeführt sei durch das Reichshaftpflichtgesetz nur die Verhaftung des Unternehmers über das Verschulden der Bediensteten hinaus (vgl. darüber § 200 N. 27 ff.). Der Beweis des angenommenen Gewohnheitsrechts scheint mir nicht geführt zu sein. Von den zahlreichen aus Seuffert angeführten Belegen gehören nur X. 164, XVI. 22, vgl. auch VIII. 52, X. 165 hieher. Ganz ausdrücklich spricht sich Seuffert XIII. 140, XV. 26 (Celle) dagegen aus.

[34]) Vgl. über dasselbe § 200 N. 28.

[35]) Was heißt „beim Betriebe einer Bahn"? Eger das Reichshaftpflichtgesetz 1876 S. 4 ff., Entsch. des ROH.Ger. XIX. S. 101 ff., 118 ff., Seuffert XXX. no. 31.

[36]) Abgedruckt in Goldschmidt's Ztschr. XXI. S. 205 ff.

zur Beförderung übergeben ist, so vertritt sie in dieser Beziehung nicht das Verschulden ihrer Angestellten, sondern nur ihre eigene Culpa[37]).

5. Das Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871 § 2 bestimmt: „Wer ein Bergwerk, einen Steinbruch, eine Gräberei (Grube) oder eine Fabrik betreibt[38]), haftet, wenn ein Bevollmächtigter oder ein Repräsentant oder eine zur Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes oder der Arbeiter angenommene Person durch ein Verschulden in Ausführung der Dienstverrichtungen den Tod oder die Körperverletzung eines Menschen herbeigeführt hat, für den dadurch entstandenen Schaden." Das Gesetz bestimmt nichts über die Verhaftung bei Sachbeschädigungen. Für den Tod oder die Körperverletzung von Personen soll der Unternehmer nicht unbedingt haften, wenn sie durch das Verschulden irgend einer von ihm angestellten Person, insbesondere von gewöhnlichen Arbeitern bei Ausführung ihrer Dienstverrichtungen, sondern nur wenn sie herbeigeführt sind durch einen Bevollmächtigten, Repräsentanten oder eine zur Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes oder der Arbeiter angenommene Person[39]). Aber seine Haftpflicht geht weiter als nach den Landesgesetzen, welche ihn regelmäßig nur bei eigener Schuld, insbesondere bei culpa in eligendo verpflichten[40]).

6. Der Staat und die Gemeinde haften für ihre Beam-

---

[37]) Ausdrücklich ausgesprochen in dem Schweizer Gesetz art. 8.

[38]) Ueber die Frage, wer als Unternehmer anzusehen sei, Entsch. des ROH.Ger. XXI. S. 175 ff. — Das Gesetz bestimmt nichts in Betreff der Schuld des Unternehmers, Seuffert XXXII. no. 50.

[39]) Eger S. 188 ff., 203 ff., Entsch. des ROH.Ger. XIV. S. 196 ff. — Weiter geht C. civ. 1384 (vgl. oben nach N. 23), welcher Artikel in der französischen Praxis und Doktrin dahin aufgefaßt wird, daß unter den préposés auch die ouvriers zu verstehen seien, Entsch. des ROH.Ger. XI. S. 90 ff. — Schweizer Obl. R. art. 62 bestimmt: „Ein Geschäftsherr haftet für den Schaden, welchen seine Angestellten oder Arbeiter in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, daß er alle erforderliche Sorgfalt angewendet habe, um einen solchen Schaden zu verhüten"; weiter ging der Entw. v. 1877 art. 96, wonach er „für den durch die widerrechtliche Handlung seiner Arbeiter und Angestellten verursachten Schaden haftet, sofern sie in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen begangen worden ist".

[40]) Z. B. Preuß. Ldr. I. 11. § 897 vgl. mit I. 6. § 50, 53, 59, 64, I. 13. § 36.

ten[41]). Da die Handlungen des Vertreters einer juristischen Person, also auch die Handlungen des Beamten des Staats oder der Gemeinde, insofern sie als Organe derselben[42]) innerhalb der Grenzen ihrer Competenz thätig werden, als Handlungen der juristischen Person, des Staats oder der Gemeinde erscheinen, so wird durch dieselben, falls sie einen Schadensersatzanspruch begründen, nicht bloß die unmittelbar schädliche Person, sondern auch die juristische Person, welcher die Handlung ihrer Organe zugerechnet werden muß, ersatzverbindlich[43]).

Da wo der Beamte als Vertreter des Fiskus einen Vertrag schließt oder als Bediensteter oder Beauftragter des Staats in gleichartiger Weise wie für einen andern Dienstherrn thätig wird, kommen die privatrechtlichen Grundsätze von der Stellvertretung zur Anwendung: der Staat wird durch seine Verträge dann verpflichtet, wenn der Beamte innerhalb seiner Sphäre handelte[44]), und muß für den

---

[41]) Eine eigentlich staatsrechtliche Behandlung der Frage nach der Verhaftung des Staats für seine Beamten beginnt mit den Aufsätzen von Pfeiffer prakt. Ausführungen II. S. 361 ff.: von den nothwendigen Einschränkungen der Verantwortlichkeit des Staats für widerrechtliche Handlungen der Staatsbehörden, vgl. auch III. S. 371 ff., 519 ff.; VIII. S. 521 ff.: über die rechtlichen Voraussetzungen der gegen den Richter beziehungsweise gegen den Staat wegen Vergehen bei Verwaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit begründeten Entschädigungsklage, besonders S. 545 ff. — H. A. Zachariä über die Haftungsverbindlichkeit des Staats aus rechtswidrigen Handlungen und Unterlassungen seiner Beamten, in der Ztschr. f. die gesammte Staatswiss. XIX. 1863 S. 582 bis 632; Staatsrecht II. § 140. — Rönne Preußisches Staatsrecht II. § 341. — Förster I. § 90, Dernburg I. § 53 N. 11 ff., § 206 N. 7. — Roth Baier. Civilr. I. § 35 III. — Grefe II. § 119. — Windscheid § 470. — Ueber die Geschichte der Doktrin Zachariä in d. Ztschr. S. 590 ff.; einzelne gesetzliche Bestimmungen daselbst S. 646 ff.

[42]) Es ist irrig den Beamten als Mandatar des Staats aufzufassen und für die Verhaftung die Mandatsgrundsätze entscheiden zu lassen. Nach denselben würde die Verhaftung des Staats regelmäßig ausgeschlossen sein, da der Auftrag des Beamten nicht dahin gehen wird, Andern Schaden zuzufügen, Zachariä in d. Ztschr. S. 607 ff.

[43]) Die mitteralterlichen Quellen bieten, soweit ich es übersehe, kein Material für diese im gemeinen und partikulären Recht so überaus bestrittene Frage dar: nach dem Augsb. Stdtr. (Meyer) 11 § 3 soll, wenn der Hirte Vieh verwahrlost und nicht ersetzen kann, der Hofmeier zahlen, welcher den Hirten mit Rath des Vogts und der Bürger eingesetzt hat.

[44]) Zachariä S. 620 ff. So bei Lieferungsverträgen, den Verträgen der

dolus und die culpa seines Vertreters einstehen[44a]). Da wo der Beamte als Organ des Staats (nicht als Stellvertreter) innerhalb seines Wirkungskreises[45]) die staatsrechtlichen Befugnisse des Staats ausübt und durch unrechtmäßiges oder sorgloses Handeln oder durch pflichtwidriges Unterlassen einem Andern einen Schaden zufügt, wird der Staat ersatzpflichtig: da der Staat nur durch den Beamten thätig wird, haftet er eigentlich nicht für fremde, sondern für seine eigenen Handlungen[46]).

Dieser Satz ist aber weder in der Doktrin noch in der Gesetzgebung und Praxis zur allgemeinen Anerkennung gelangt. Nach manchen Rechten haftet der Staat außer in einzelnen Spezialfällen für die amtlichen Funktionen seiner Beamten gar nicht[47]), wenn ihn nicht etwa eine besondere Schuld insofern trifft, als er in der Auswahl oder Beaufsichtigung des Beamten sorglos gewesen ist[48]). Nach einer andern Auffassung haftet der Staat, aber weil er nur durch das Medium des Beamten den Schaden verursacht hat und dieser das eigentlich beschädigende Subjekt ist, darf er nur in subsidium

---

Post-, Eisenbahn-, Telegraphenbeamten u. s. w.: es treten gleiche Grundsätze ein, wie wenn der Herr des Geschäfts eine Privatperson ist. — Vgl. auch E. Meier über den Abschluß von Staatsverträgen 1874 S. 51 f.

[44a]) Oben I. § 53 N. 5, Entsch. d. ROH.Ger. VIII. S. 205.

[45]) Roth S. 226 sagt, es komme nicht in Betracht, „ob der Beamte sich innerhalb der Grenzen des ihm angewiesenen Wirkungskreises verhalten habe oder nicht, sondern nur darauf, daß er als Beamter und nicht als Privatperson gehandelt habe.“ Meines Erachtens entscheidet, ob der Beschädigte den konkreten Verhältnissen gemäß sich dem Verfahren des Beamten fügen mußte, resp. berechtigt war, von demselben anzunehmen, daß er innerhalb seiner Competenz auftrete. Vgl. auch Zachariä S. 616 f.

[46]) Zachariä S. 615 ff.

[47]) So nach Preuß. Recht. Das Landrecht II. 17. § 90 bestimmt in Betreff der Patrimonialgerichte: „Ein Gerichtsherr, welcher seine Gerichte nach den Vorschriften der Gesetze gehörig bestellt, ist für die Handlungen oder Unterlassungen desselben zu haften nicht schuldig“; vgl. auch § 92. Rönne Preuß. Staatsr. II. 1 S. 519 N. 8, 520 N. 9, Förster I § 90 N. 29 ff., Dernburg I. § 53 N. 14, Seuffert XIV. 36, Entsch. d. ROH.Ger. XVIII. S. 205. — Das Sächs. GB. § 1506, 1507 bestimmt nur, daß die Beamten selbst haften. — Seuffert XXI. 237 (Wolfenbüttel), XXIII. 139 (Berl. Jur. Fak.), Emminghaus S. 229 no. 74 (Jena).

[48]) Preußisches Landrecht II. 17 § 95—97, Seuffert V. 281 (Celle), Grefe II. § 119.

in Anspruch genommen werden, wenn die Klage gegen den Beamten nicht zum Ersatz geführt hat[49]). Am richtigsten erscheint die dritte Ansicht, wonach der Staat direkt ersatzpflichtig und der Verletzte wählen darf, ob er seinen Anspruch gegen den Beamten oder gegen den Staat erheben will[50]).

Was die Specialgesetzgebung angeht, so ist es am allgemeinsten anerkannt, daß der Staat für kulpose Handlungen seiner Beamten bei der Depositalverwaltung[51]) und der Grundbuchführung zu haften hat[52]). Besonders bestritten ist es, ob dasselbe auch bei Versehen der Richter in der Handhabung der streitigen Gerichtsbarkeit stattfindet. Es ist für den Fall zu bejahen, daß der Richter selbst für sein Versehen in Anspruch genommen werden könnte[53]).

---

[49]) Coburg-Goth. Verfassung von 1852 § 68, Seuffert V. 174 (Jena), Zachariä S. 633 ff., Gerber Grundzüge des deutschen Staatsrechts (3. Aufl.) S. 213 f. (die staatsrechtliche Haftung beruht „auf einem in der öffentlichen Autorisation des Beamten enthaltenen stillschweigenden Garantieversprechen"). So auch noch in einer Reihe von Hypothekengesetzen in Betreff der durch die Hypothekenbeamten verschuldeten Beschädigungen. — Für den Fall der widerrechtlichen Verhaftung soll gemäß den Grundrechten des deutschen Volks (art. III. § 8) subsidiär der Staat dem Verhafteten zum Schadensersatz verpflichtet sein nach der Sondershäuser Verfassung von 1849 § 11, der Anhaltinischen Verfassung vom 28. Februar 1850 II. § 5, dem Badenschen Gesetz vom 5. Febr. 1851 § 26, dem Braunschw. Gesetz vom 4. Juli 1851 § 2, dem Oldenb. Ges. vom 22. Novbr. 1852 art. 39 § 6, der sächsischen Praxis bei Schmidt Vorlesungen I. S. 482.

[50]) Windscheid § 470 N. 4, Roth baier. Civ.R. I. (1. Aufl.) § 35 N. 51, für das Oestr. Recht Exner d. östr. Hypothekenrecht I. S. 24 f. — Seuffert I. 166 (Dresden), II. 54, III. 326 (Cassel), VII. 150 (Darmstadt), VIII. 53 (Mannheim).

[51]) Prinzipale Verhaftung nach Baier. Recht Roth I. § 35, III. 1, Oestr. Ges. vom 12. März 1859 § 7, Seuffert II. 159 (München), III. 257, VII. 321 (Mannheim), III. 327 (Cassel), XXI. 237 S. 409 (Wolfenbüttel), XXVI. 34 (Berlin). — Einzelne Verordnungen mit subsidiärer Verpflichtung bei Zachariä S. 648 f.

[52]) Vgl. die Citate oben II. § 95 N. 38 u. 39 und außerdem Heyne Comment. über d. sächs. Hyp.O. II. S. 42 ff., Exner I. S. 24 ff., Seuffert XVII. 145 (Heidelb.), welche die prinzipale Haftung des Staats vertheidigen. — Dagegen behauptet ein Casseler Erkenntniß von 1844 (Pfeiffer prakt. Ausführ. VIII. S. 600 ff.), daß der Staat nicht für die Versehen der Hypothekenbehörde hafte.

[53]) Zachariä S. 637 ff., Roth I. § 35 N. 40, 41, Windscheid § 470

7. Nach einer Reihe von Partikularrechten ist die Gemeinde ersatzverbindlich, wenn bei einem Tumult Beschädigungen stattgefunden haben[54]; nach einzelnen Gesetzen ist die Voraussetzung dafür, daß der Behörde eine Nachlässigkeit bei Vorbeugung des Verbrechens zur Last fällt[55], so daß die Gemeinde nicht für die Ruhestörer, sondern für die Culpa der Beamten haften würde.

IV. In allen Fällen, in welchen Jemand für fremde Schuld Ersatz leisten muß, kann der Beschädigte, wenn er es vorzieht, sich auch an den eigentlichen Schuldigen halten. Hat er aber den Prinzipal, den Herrn, Staat, u. s. w. in Anspruch genommen und von ihm Ersatz erhalten, so steht denselben der Rückgriff an den eigentlich Schuldigen zu. Manche Gesetze sagen dies ausdrücklich[56], aber es gilt auch da, wo es an positiven Bestimmungen fehlt[57]. So wie der zahlende Bürge ohne weiteres den Regreß gegen den durch ihn befreiten Schuldner hat, so hat, wer den von einem Andern verschuldeten Schaden ersetzt, gegen ihn die Regreßklage.

§ 202. Haftung für den durch Thiere angerichteten Schaden[1].

I. Ueber die Verhaftung für den durch Thiere angerichteten Schaden enthalten gemäß der Bedeutung der Viehzucht für die

---

N. 4, v. Gerber S. 208 N. („die Unabhängigkeit des Gerichts will nicht eine Loslösung derselben von der staatlichen Autorität").

[54]) Französ. Ges. vom 2. Okt. 1795, Preuß. Ges. vom 11. März 1850 (Ges.-Samml. S. 199), Baier. Ges. vom 12. März 1850 (art. 1 Abs. 2: „für denjenigen Betrag des Schadens, welcher den Beschädigten ersetzt wird, haftet die Gemeinde weder den Beschädigten noch der betreffenden Anstalt"). Es scheint diese Bestimmung mit der im ältern deutschen Recht herrschenden Auffassung zusammenzuhängen, daß die Gemeinde für gewisse Beschädigungen aufkommen muß, wenn der eigentlich Schuldige nicht entdeckt oder insolvent ist. Wenn auch Waitz für die merovingische Zeit die sg. Gesammtbürgschaft geleugnet hat, so gehört sie doch dem spätern Recht einzelner, besonders solcher Gegenden an, in denen das slavische Recht Einfluß gehabt hat. Es würde zu weit führen, wenn ich dies hier eingehend begründen wollte.

[55]) Heimbach § 260 N. 2; so auch Seuffert II. 54, III. 326.

[56]) Z. B. Schweizer Haftpflichtgesetz § 3 (N. 36).

[57]) Eger S. 71 nimmt eine cessio ficta an; vgl. auch Römer in Goldschm. Ztschr. XVIII. S. 27. Für einen verwandten Fall Seuffert XXIX. S. 211 N.

[1]) Vgl. die Zusammenstellungen besonders über die Sätze der Volksrechte

ökonomischen Verhältnisse die mittelalterlichen Quellen zahlreiche Bestimmungen. Wenn dieselben auch höchst kasuistisch sind, so beweist doch ihre vielfache Uebereinstimmung im Detail, daß ein festes Rechtsbewußtsein entwickelt war[2]).

1. Es ist zu unterscheiden zwischen gewöhnlichen Hausthieren und zwischen wilden Thieren. Was die ersten betrifft, so soll derjenige, dem sie gehören oder in dessen Besitz sie sich befinden, den von ihnen angerichteten Schaden ersetzen, falls nicht der Beschädigte selbst an seiner Beschädigung Schuld hat. Er haftet für den Schaden, welcher auch ohne daß ihm eine Schuld beigemessen werden kann, durch das Thier bewirkt worden ist[3]). Doch braucht er nach manchen Quellen nicht den vollen Ersatz zu leisten, so wie wenn er selbst den Schaden begangen hätte, sondern nur Dreiviertel oder die Hälfte, und soll im übrigen dem Beschädigten das schädliche Thier ausliefern[4]).

---

bei Grimm Rechtsaltert. S. 664—666, Kraut Vormundschaft I. S. 348 bis 357, Hepp die Zurechnung auf dem Gebiet des Civilrechts S. 153 ff., Wilda Strafrecht der Germanen S. 588—594; über sächs. magdeb. Recht Behrend Stendaler Urtheilsbuch S. 77—82.

[2]) In vielen Beziehungen gilt für den Schaden durch Thiere dasselbe, wie für den durch Leibeigne verursachten.

[3]) L. Alam. Pact. III. 18, L. Rib. 46. § 2, Ed. Roth. 325, 326, 328, 331, L. Sax. 57, L. Angl. et W. 52, L. Fris. add. sap. III. 68; über die nordischen Quellen Wilda S. 589. — Anders L. Wisig. VIII. 4, 19: wenn ein Hund, ohne vom Herrn gehetzt zu sein, Jemand beißt, ist kein Schadensersatz zu leisten; vielleicht präsumirt man dann, daß der Beschädigte den Hund gereizt hat, Dahn Westgoth. Studien S. 108. — Ebenso Schwarzwälder Weisth. § 19 (Grimm VI. S. 379): wenn Jemand ein Stück Vieh entrinnt, das es ein kind wirse oder schaden tete, do hand si nit umb ze antwurten. — Nach spätern Texten der L. Salica 36 (ed. Behrend S. 45) braucht der Herr nichts zu zahlen, wenn er die übeln Eigenschaften des Thiers nicht kannte, si . . . vitium in eo non intellexerit.

[4]) Es ist die Hälfte der Buße zu zahlen und außerdem das schadende Vieh auszuliefern, L. Sal. 36 (entsprechend bei Tödtung durch einen Sklaven L. Sal. 35. § 4), L. Rib. 46. § 1; halbe Buße, wenn ein Hund, im Gegensatz gegen andere Thiere, den Schaden begangen hat, L. Alam. Pact. III. 17, L. Baiw. XX. 9. — Nach L. Fris. add. sap. III. 68 beträgt die Buße dreiviertel, nach dem spätern frisischen Recht die Hälfte, 24 fries. Lbrechte c. 12, vgl. auch v. Richthofen in der Ausg. des fris. Volksrechts in den Monumenta p. 689 N. 24. — Ueber die nordischen Rechte Wilda S. 589 f., 593 f. — Die Hälfte des Schadens nach den Neumünst. Kirchspielsgebräuchen art. 46. § 1, 2; stirbt der beschädigte Mann, so ist das Vieh „an die Herren“ verfallen

Hat ein Anderer an der Schadenszufügung Schuld, so soll dieser den Schaden ersetzen[5]).

Beschädigt ein Thier das einem Andern gehörige Thier, so hat der Eigenthümer des ersten Ersatz zu leisten[6]); kämpften die Thiere mit einander und wird dasjenige, welches den Kampf anfing, beschädigt, so kann sein Eigenthümer keinen Ersatz fordern[7]). Läßt sich nicht mehr feststellen, welches den Kampf begann, so findet kein Ersatz statt[8]).

2. Die Verbindlichkeit des Eigenthümers tritt in den Hintergrund, wenn er sein Vieh vorübergehend einer andern Person in Besitz oder zur Aufsicht übergeben hat. So haftet der Hirte oder der Kutscher, welcher mit den Pferden fährt; ist derselbe aber entflohen oder außer Stande den Schaden zu ersetzen, so ist der Eigenthümer ersatzpflichtig, kann sich aber durch Aufgeben des schadenden Thiers befreien[9]). Ebenso haftet der Pfandgläubiger, wenn der

---

§ 7. — Halbe Buße nach den umgearbeiteten Rigischen Statuten IX. 23. § 1; ein viertel des Schadensersatzes nach dem Rigischen Recht für Hapsal c. 30, nach dem Recht von Hapsal c. 26.

[5]) So wenn man einen fremden Hund auf einen Menschen oder ein Vieh hetzt, Ed. Roth. 322, Wormser Reform. VI. 1. Tit. 21. § 3; wenn man ein frembes Pferd losbindet und reitet, Hamburg. R. VI. 19. Abs. 3: dede dat perd jenigen schaden, den schaden schal beteren de man, de dar uppe ryt, unde nicht dat perd (d. h. der Eigenthümer des Pferdes braucht nicht einzustehen, keine noxae deditio vorzunehmen); überhaupt wenn man ein angebundenes Thier losläßt, Worms. Ref. a. a. O. — Ebenso findet kein Schadensersatz statt, wenn man im Hause des Eigenthümers verletzt wurde, Lüb. R. (Hach) I. 63, II. 152, III. 118, Rostocker Stadtr. III. 11. 1, oder do sein geschefte nicht hin ist, Magdeb. Blume II. 2. 284, Emminghaus S. 463 no. 9.

[6]) Sachsensp. II. 54. § 5, Rechtsb. n. Dist. II. 7. d. 6, Purg. IV. 18.

[7]) Worms. Ref. VI. 1. Tit. 21. § 2 (wörtlich in den Neumünst. Kirchsp.-gebräuchen art. 46. § 3), wohl aus L. 1. § 11. D. IX. 1.

[8]) Worms. Ref. VI. 1. Tit. 21. § 4.

[9]) Sachsp. II. 40. § 4: Svelken scaden aver enes mannes perde oder sin ve dut binnen sines knechtes oder sines gesindes hûde, dar sal die vore antwerden, binnen des hude it was. Wirt aver die afrunnich unde werdet des mannes perde oder ossen unde wagen bestedeget in der hanthaften dat, . . die man mut beteren des dat ve unde wagen is . . . alse vern alse sin wagen unde sine perde oder ander sin ve werd is dat dar upgehalden is, oder he mut is unbern; so behalt it jene vor sinen scaden;

Eigenthümer ihm das Vieh in seinen Besitz gab, weil er das verpfändete Vieh so behüten soll, daß es keinen Schaden thut[10]). Und dasselbe gilt, wenn Jemand ein Thier widerrechtlich in Besitz nahm[11]).

3. In sehr weitem Umfange[12]) ist es anerkannt, daß der Eigenthümer, welcher für den Schaden aufkommen soll, sich von dieser Verbindlichkeit durch Aufgeben des Thiers befreien kann[13]). In einigen Volksrechten ist diese Bestimmung wohl auf das Römische Recht zurückzuführen[14]); doch findet sie sich auch da, wo solche Einflüsse nicht stattgefunden haben. Dabei macht sich im spätern germanischen Recht noch ein besonderer Gesichtspunkt geltend: der auf

---

Sachsensp. III. 49, Rechtsb. n. Dist. II. 8 d. 5, Purg. IV. 15, 54, system. Schöffenr. III. 2. 123, Stendal. Urtheilsb. XVII. 1, 2, Hamb. Stdtr. VI. 20, Statt. IV. 67, Brem. R. v. 1303. c. 108, v. 1428. I. 55, Rig. Statt. IX. 24; andere Stellen bei Hepp S. 162. — Modificirt im Lüb. Stadtr. (Hach) II. 255: hat der Kutscher keine Schuld, so hält man sich an Wagen und Pferde; entflieht er, so soll man sich an ihn halten, aber Wagen und Pferde sind frei. — Wiener Stdtr. (Schuster) c. 150 (S. 133 f.): verleiht der Eigenthümer Wagen und Pferde mit dem Kutscher, so haftet er für den Schaden: doch soll der Entleiher für den Schaden haften, wenn er mit seinem eigenen Kutscher fährt. — Hadeln. Ldr. II. 21: der Knecht soll antworten und nicht der Herr des Fuhrwerks. — Für den Schaden, den ein Hund verursacht, soll der Knecht einstehen, der ihn in seiner Hut hatte, aber nicht der Herr, Leipz. Urtheil bei Emminghaus S. 410. no. 6.

[10]) Ed. Liutpr. 110. — Beschädigt das verpfändete Vieh den Pfandgläubiger, so hat ihm der Eigenthümer Ersatz zu leisten, L. Alam. 89. § 2, L. Fris. add. sap. VIII. 1 (wohl weil er schädliches Vieh verpfändet hat). — Dagegen steht der Eigenthümer nicht ein, wenn das verliehene Pferd den Commodatar oder einen Dritten tödtet oder schlägt, L. Fris. add. sap. X. 2, Ed. Roth. 327, L. Wisig. V. 5. 2.

[11]) L. Alam. 89. § 1: si quis pignus tulerit contra legem u. s. w., L. Fris. add. sap. IX. 2: si . . . per vim sustulit pignoris nomine, vgl. auch v. Meibom Pfandrecht S. 236 f.

[12]) Das langobardische Recht und das Jütische Low kennen diese noxae deditio nicht, Osenbrüggen Strafr. d. Langobarden S. 137, Paulsen § 83.

[13]) Vgl. dafür auch N. 4 und 9.

[14]) L. Wisig. VIII. 4. 20. — Dieser Ursprung tritt besonders in der L. Burg. 18. 1 hervor: jubemus etiam inter Burgundiones antiquam calumpniam removeri: quia quod casus operatur, non debet ad dampnum et inquietudinem hominis pertinere; es soll nur das schadende Thier dem Beschädigten ausgeliefert werden; vgl. auch Papian. tit. 13.

Ersatz belangte Eigenthümer hat nicht überhaupt die Wahl, ob er dem Beschädigten das Thier übergeben oder Ersatz leisten will, sondern er hat dies Wahlrecht nur in dem Moment, daß er die Beschädigung erfährt. Liefert er ihm dann sofort das Thier aus oder derelinquirt er es (sleit he't ut unde ne hovet noch ne huset noch ne etet noch ne drenket he't), so ist er von jeder persönlichen Verhaftung frei. Nimmt er es aber, nachdem er die Kunde von dem Schaden erhalten hat, wieder in seinen Besitz oder behält er es im Besitz (of he't weder an sine gewere nimt, na des dat he dat erst ereschet), so muß er den Schaden ersetzen und wird weder durch Auslieferung noch durch spätere Dereliktion frei[15]). Das Thier soll den Schaden bessern, der Eigenthümer nur, falls er sich zum Thiere zieht[16]). Wenn er es in seine Gewere nimmt oder in seinen Gewere hält, darf man annehmen, daß er den Schaden vertreten will[17]).

Nach andern Quellen hat er aber das Wahlrecht auch noch, nachdem die Klage gegen ihn angestellt ist; er kann auch jetzt noch entweder sich zum Thiere ziehen oder erklären, daß ihn dasselbe weiter nichts angehe und er es dem Verletzten abtreten wolle[18]).

---

[15]) Sachsensp. II. 40. § 1, 2. Gleiches galt wohl schon nach der Lex Saxonum, welche c. 51—53 entsprechende Grundsätze für die Delikte des Leibeignen enthält (§ 201 N. 10). — Gosl. Statt. S. 43 Z. 1 ff. (hier haftet abweichend der Eigenthümer, wenn er das Vieh behält over nacht na deme dat de scade beklaghet is), Rechts. n. Dist. II. 8. d. 1 (behält man es über Nacht, nochdeme is den schaden had getan), II. 9. d. 4, Purg. IV. d. 10, 13, Syst. Schöffenr. III. 2. 123. Magdeb. Blume I. 102, Rostocker Stadr. III. 11. 1, Altdithmars. Ldr. v. 1447 § 105, Ldr. v. Hadeln II. 24. (Pufendorf I. p. 26), Schwabensp. 204 (aber sehr konfus).

Dieselben Grundsätze sind oben § 201 N. 7—10 für die Delikte der Leibeignen entwickelt. — Bemerkenswerth ist, daß L. Rib. 70. § 1 eine parallele Bestimmung für Beschädigungen durch leblose Gegenstände enthält: wer den Balken, durch den Jemand beschädigt ist, in usus proprios adsumpserit, ist ersatzpflichtig absque fredo; vgl. auch Hepp S. 165 f.

[16]) Hamb. Stadtr. v. 1270 VI. 19.

[17]) Behrend Stendaler Urtheilsb. S. 77 ff.

[18]) Bresl. Magdeb. R. v. 1621 art. 76, Magdeb. R. v. 1304 art. 128, Purg. IV. 8, Gosl. Statt. (vgl. N. 15), Brünner Schöffenb. c. 17, Augsb. Stadtr. (Meyer) 11. § 3.

Da dies auch die Bestimmung des Corpus juris ist, findet sie sich regelmäßig in den Quellen der Receptionszeit[19]).

4. Unbedingt muß der Eigenthümer haften und wird durch Derelikition nicht frei, wenn er selbst Schuld am Schaden hat[20]), wenn er die bösen Eigenschaften des Thiers kennt und es doch behält oder nicht behütet[21]), ganz besonders wenn er wilde Thiere hält, auch wenn sie gezähmt sind[22]).

5. Auch nach älterem deutschem Recht galt der Satz: noxa sequitur caput; man kann auch den spätern Erwerber des Thiers wegen des Schadens beklagen[23]). Doch darf derselbe durch Uebergabe des Viehs sich von der Haftung befreien, wenn er beweist, daß er von dem Schaden keine Kunde hatte[24]).

II. Die bisher dargestellten Sätze des ältern deutschen Rechts stimmen in den wesentlichsten Beziehungen mit dem Römischen Recht (actio de pauperie) überein, so daß ihre Reception auf keine

---

19) Z. B. Nürnb. Ref. v. 1522 XXXI. 1, v. 1564 XXVII. 2. § 1, 2, Wormf. Ref. VI. 1. Tit. 21 § 1, Hamb. Statt. IV. 68.

20) Nürnb. Ref. v. 1564 XXVII. 2. § 3 (unfleiss oder verwarlosung).

21) So wenn man wissentlich ein quadrupedem noxium aut vitiosum hält, L. Wisig. VIII. 4, 16, 17, 20, Sachsensp. II. 62. § 1, Schwabensp. 205, Purg. IV. 13, 59, 63, Grimm Weisth. IV. S. 156 § 15, Rostock. Stadtr. III. 11. § 4, Nürnb. Ref. v. 1522 XXXI. 1, Emminghaus S. 462 no. 2. — Ist ein Thier rabiosus geworden (Schädlichkeit contra naturam sui generis), so steht der Eigenthümer nicht ein; Jeder kann es tödten, Ed. Roth. 324.

22) Außerdem kann er im letzteren Falle auch straffällig sein. — Sachsensp. II. 62. § 1, Rechtsb. n. Dist. II. 9. d. 2, Magdeb. Blume I. 24, Purg. IV. 63, 64 (wird das Thier getödtet und ist sein Werth geringer, als der Schade, so hat der Eigenthümer die Differenz zu zahlen), Brünner Schöffenb. c. 17, Schwabensp. 244, Hamb. Statt. VI. 19, Brem. R. v. 1303 Ord. 107, von 1424 I. 52 (Oelrichs S. 129, 343), Nürnb. Ref. v. 1522 XXXI. 2, v. 1564 XXVII. 3, Wormf. Ref. VI. 1. Tit. 21 § 5, Hamb. Statt. IV. 69, umgearbeitete Rigische Statt. IX. 23. § 2 (wenn Jemand ein Thier hält, welches ihm vom Rath geboten ist tho bewarende). — Strafrechtliche Bestimmung in der Carolina art. 136.

23) Rechtb. n. Dist. II. 8. d. 4.

24) Altdithmarf. Landr. von 1447 § 105: er kann dat vee uteren myd XII mannen, d. h. er darf es aufgeben, wenn er mit dem Zwölfereid beweist, daß er vom Schaden keine Kunde hatte. Michelsen S. 293 bezieht den Eid darauf, daß der Eigenthümer nicht doloser Weise das Thier bei einem Andern verberge oder daß er auch das rechte Stück ausliefere.

Bedenken stieß. Doch haben sich einerseits einzelne Auffassungen des ältern Rechts noch längere Zeit erhalten und andererseits haben sich die neueren Partikularrechte theilweise sowohl vom römischen als vom deutschen Recht entfernt. Mit Bezug auf das neuere Recht ist daher nur einzelnes hervorzuheben.

Der Satz des Sachsenspiegels, wonach der Eigenthümer die Haftpflicht abwenden kann, wenn er das Thier sofort nach erlangter Wissenschaft aufgiebt, hat sich im Sächsischen Recht bis zu dem Bürgerlichen Gesetzbuch erhalten[25]). — Die neueren Partikularrechte unterscheiden gleichfalls zwischen wilden und Hausthieren. Für die Beschädigung durch erstere hat der Eigenthümer unbedingt aufzukommen, außer wenn er nachweist, daß der Beschädigte selbst Schuld hat[26]). Für den durch zahme oder Hausthiere verursachten Schaden haftet derjenige, welcher sie reizte, und der Eigenthümer unbedingt, wenn er weiß, daß sie in concreto gefährliche Eigenschaften besitzen, und nicht die erforderlichen Schutzmaßregeln vornimmt[27]). Ueberhaupt steht er nach mehreren Partikularrechten nicht ohne weiteres, sondern nur dann ein, wenn ihn irgend ein Verschulden trifft[28]). Beschädigen sich Thiere unter einander, so haftet diejenige Person, welche nicht die erforderliche Aufsicht prästirte[29]). — Nach einigen Partikularrechten haftet gemäß der ältern Auffassung der Eigenthümer auch dann, wenn „er bei der Beaufsichtigung des Thiers nichts verschuldet hat“[30]).

---

[25]) Emminghaus S. 462 ff. no. 2, 4, 5, 10—13, 16, 18, 19, 23, 24, 27, Haubold § 304ª N. h, Schletter revisio differentiarum juris civilis et Saxonici. 1869 S. 27. — Anders jetzt das Sächs. GB. § 1561.

[26]) Preuß. Ldr. I. 6. § 70—72, Zürich. GB. § 1875, Sächs. GB. § 1560.

[27]) Preuß. Ldr. I. 6. § 74, Zürich. GB. § 1876, 1880.

[28]) Preuß. Ldr. I. 6. § 73 („versäumte Aufsicht“), Oestr. GB. § 1320 („zu verwahren vernachlässigt“), Zürich. GB. § 1877 (Präsumtion, daß es „an der erforderlichen Aufsicht“ gefehlt hat). — Die Preuß. Feldpolizei-Ordnung v. 1. Nov. 1847 § 17 bestimmt, daß wenn Vieh auf ein fremdes Grundstück in Folge der Schuld eines an sich tüchtigen Hirten übertritt (also keine culpa in eligendo), der Beschädigte nach seiner Wahl sich an den Hirten oder an den Besitzer des Viehs halten kann und daß im letztern Fall der Besitzer des Viehs den Regreß an den Hirten hat.

[29]) Preuß. Ldr. I. 6. § 78; trifft keinen Eigenthümer und keinen Dritten dabei eine Schuld, „so findet keine Forderung auf Schadensersatz Statt“, Zür. GB. 1881.

[30]) Sächs. GB. § 1561, C. civ. 1385.

Das noxae dare des deutschen und römischen Rechts ist in einem großen Theile Deutschlands verschwunden[31]), und kommt von den Gesetzbüchern nur in dem Baden'schen Landrecht[32]) und für den Fall, daß den Eigenthümer keine Schuld trifft, in dem Züricher und Sächs. Gesetzbuch vor[33]). Der römische Satz: noxa sequitur caput ist im Sächs. Gesetzbuch ausdrücklich aufgehoben[34]) und gilt wohl auch nicht nach den andern Partikularrechten. Es haftet nur derjenige, welcher zur Zeit der Beschädigung Eigenthümer des Thiers war.

III. Auf einem ganz anderen Fundament beruht die Verpflichtung dessen, welcher eine Jagdberechtigung auf fremdem Grund und Boden hat, dem Eigenthümer desselben oder demjenigen, welcher das Recht des Fruchtgenusses hat (Pächter, Usufruktuar u. s. w.), den Schaden zu ersetzen, welcher ihm an den Feldfrüchten, Waldungen, Ländereien u. s. w. von dem zu starken Wildstande zugefügt wird, Wildschaden[35]). Das Wild gehört nicht dem Jagdberechtigten, ist nicht sein Eigenthum, sondern nur seinem ausschließlichen Occupationsrecht unterworfen. Er haftet also auch nicht nach den Grundsätzen, welche so eben in Betreff der Hausthiere entwickelt worden sind. Vielmehr entscheidet hier der Gesichtspunkt, daß wer auf fremdem Grund und Boden ein Recht ausüben darf, verpflichtet ist es in ordnungsmäßiger Weise derart auszuüben, daß der Eigenthümer und jeder sonst Berechtigte keinen Schaden erleidet, welcher vermieden werden kann[36]).

---

[31]) Es kennt im allgemeinen nicht das preuß., östr. und französ. Recht.

[32]) art. 1385ᵃ: „Wer jedoch das Thier hingiebt oder den höchsten Werth desselben bezahlt, kann zum Ersatz einer höheren Schadens-Rechnung nicht angehalten werden".

[33]) Zürich. GB. 1878, Sächs. GB. § 1561.

[34]) Sächs. GB. § 1561. — Danach soll übrigens der Eigenthümer, falls ihn keine Schuld trifft, von jeder Verbindlichkeit frei sein, „wenn bevor er von der Klage durch das Gericht benachrichtigt worden, ohne seine Verschuldung das Thier gestorben oder abhanden gekommen ist".

[35]) Bülow und Hagemann III. no. 6, Pfeiffer prakt. Ausführungen III. S. 91—121, de Goltz de damno ferino ejusque restitutione. (diss. inaug.) Berol. 1859, Peyrer zur Lehre vom Ersatze der Jagd- und Wildschäden in Haimerl's östr. Viertelj. Schr. XII. 1863 S. 1—64.

[36]) v. Gerber § 220 N. 1, Seuffert XXIII. 153.

Darum hat der Jagdberechtigte nicht jeden Schaden zu ersetzen, welchen das Wild durch Abweiden, Treten u. s. w. verursacht[37]), weil in gewissem Umfange der Wildstand unter allen Umständen Schaden macht, sondern nur denjenigen nicht unerheblichen[38]) Schaden, welcher durch übermäßiges Hegen des Wildes verursacht wird[39]). So wie er für den Schaden haftet, welchen er durch positive Handlungen bei der Jagdausübung hervorruft, so auch für den Schaden, welcher dem Andern, der sich, weil er die Jagd nicht hat, des Wildes nicht erwehren kann, dadurch erwächst, daß der Jagdberechtigte die Jagd ganz unterläßt oder nicht in angemessenem Umfange ausübt: derselbe haftet in Folge seiner Culpa.

Dem ältern deutschen Recht sind gesetzliche Bestimmungen über den Ersatz des Wildschadens unbekannt; die Praxis, besonders seit dem 16. Jahrhundert, seit der Entwickelung des Jagdregals hat die Haftpflicht anerkannt und in der neueren Zeit sind zahlreiche detaillirte Vorschriften über die Voraussetzungen und das Maß des Schadensersatzes aufgestellt worden[40]). Da die neuesten Jagdgesetze die dinglichen Jagdberechtigungen auf fremdem Grund und Boden aufheben,

[37]) Anderer Ansicht Pfeiffer, nach welchem der Jagdberechtigte, auch wenn ihn keine Schuld trifft, zufolge seiner ausschließlichen Jagdberechtigung für jeden Wildschaden haften soll. Er führt dafür eine Anzahl von Autoritäten und einige Erkenntnisse der alten Reichsgerichte an (S. 98, 113—117). Auch bestimmt dies in der That ein Oestr. Ges. v. 1786 (auch bei Kraut § 89. 12); doch ist es noch die Frage, ob wenn es hier heißt, daß „jeder Wildschaden" zu vergüten sei, der Begriff Wildschaden nicht in einem engeren Sinne zu nehmen ist und nur gesagt sein soll, daß er zu ersetzen sei, gleichviel ob der Berechtigte der Landesherr oder eine Privatperson ist. — Gleichfalls für den Ersatz allen Wildschadens erklärt sich Peyrer in der angef. Abhandlung. Auch haben einzelne neuere Gesetze den Ersatz jeden Wildschadens geboten und die Verpflichtung für unabhängig von der Schuld des Jagdberechtigten erklärt, so das Baier. G. v. 15. Juni 1850, das Hannov. Ges. v. 21. Juli 1848, vgl. Peyrer S. 30.

[38]) Kraut § 88 no. 14.

[39]) Bülow und Hagemann a. a. O., de Goltz p. 31 ff., 34 ff. — Preuß. Ldr. I. 9. § 144—146, Braunschw. Ges. v. 1827. (Kraut § 88 no. 16), Steinacker S. 361 N. 13, 14, Emminghaus S. 458 no. 15, Seuffert XXIII. no. 153; über das französ. R. Entsch. d. ROH.Ger. XVI. S. 12 ff. — Ueber die Schwierigkeit zu bestimmen, ob eine übermäßige Hegung stattfindet, Peyrer S. 29.

[40]) Runde § 160, Mittermaier § 219, 220, Beseler § 199. V.,

die Jagd dem Grundeigenthümer zurückgeben und nur eine Verpachtung derselben zulassen (oben II. § 151), ist die Gelegenheit zur Entstehung eines Wildschadens sehr vermindert, wenn auch nicht ganz beseitigt; denn es ist auch jetzt noch möglich, daß die Grundbesitzer, besonders die kleineren, welchen regelmäßig die Jagdberechtigung nicht zusteht, dadurch einen Schaden erleiden, daß der Jagdpächter eine übermäßige Schonung eintreten läßt[41]). Einzelne neuere Gesetze haben die gesetzliche Verhaftung für den Wildschaden ganz aufgehoben und es nur für zulässig erklärt, daß die Grundeigenthümer in den Jagdverpachtungsverträgen oder in Verträgen mit den benachbarten Jagdberechtigten besondere Bestimmungen über die Verpflichtung zum Ersatz des Wildschadens aufnehmen[42]).

§ 203. Tödtung, Körperverletzung und Freiheitsberaubung.

I. Die Familie des von einem Andern Getödteten hatte nach altdeutschem Recht allgemein den Anspruch auf sein Wergeld. Im spätern Mittelalter trat, wenn der Tod durch dolus oder culpa herbeigeführt war, eine öffentliche Strafe ein und war das Wergeld nur dann zu zahlen, wenn die Tödtung dem Andern nicht als Schuld zugerechnet werden konnte[1]). Seit der Reception des Römischen Rechts ließ man im Falle kasueller Tödtung den Anspruch auf das Wergeld fallen[2]), gab aber entgegengesetzt dem Römischen Recht, wonach in homine libero nulla corporis aestimatio fieri potest (L. 1 § 5 D. IX. 3), der Familie des Getödteten den Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens, welchen sie durch den Tod ihres Angehörigen erlitten hat[3]). Wenn wir von den Fällen absehen, in

---

Steinacker S. 360— 366, Sachse § 379—383, Heimbach § 224, Schmidt S. 491 f., Hesse § 273, Grefe II. § 120, Reyscher I. § 247 S. 475.

[41]) de Goltz p. 56, Peyrer S. 26 ff.

[42]) Vgl. z. B. das Preuß. G. v. 31. Okt. 1848 und das Preuß. Jagdpolizeigesetz v. 7. März 1850 § 23, 25; vgl. auch oben II. § 151 N. 45.

[1]) Z. B. Tödtung durch ein Kind, Sachsensp. II. 65. § 1.

[2]) Z. B. Emminghaus S. 254 no. 33.

[3]) Ueber die Ausbildung dieser allgemeinen Praxis vgl. Strübe Bedenken IV. 72 und die Citate bei Seuffert XI. 44, XXXI. 36.

welchen nach positiver Vorschrift Jemand für den Tod eines Andern auch einzustehen hat, obgleich ihm keine Schuld nachgewiesen ist (§ 200 N. 24 ff.), besteht dieser Ersatzanspruch nur gegenüber demjenigen, welcher die Tödtung verschuldet hat: aus diesem Gesichtspunkt heraus wird er mit einer actio utilis ex lege Aquilia verfolgt[4]).

Diesen Anspruch erkennen alle neueren Gesetzgebungen an; einige derselben legen für das Maß der Entschädigungspflicht darauf Gewicht, ob die Tödtung durch Vorsatz oder durch grobes oder mäßiges oder geringes Versehen bewirkt ist[5]), andere lassen den Grad der Verschuldung nach dieser Richtung hin keine Wirkung ausüben[6]). Der Anspruch geht 1) auf Ersatz des der Familie unmittelbar durch die Tödtung erwachsenen Schadens, insbesondere der Kosten der versuchten Heilung, der ärztlichen Untersuchung, des Begräbnisses und der Trauerkosten[7]);

---

[4]) Hamb. Statt. v. 1603 IV. 66: der Hauseigenthümer, dessen Gebäude einfällt und Jemand „an seiner Gesundheit oder Leib und Leben beschädiget", soll dafür einstehen, „wofern ihm zuvor solchen sorglichen Schaden zu bessern ist denuncirt", (die römische cautio damni infecti); übergegangen in die Neumünsterschen Kirchspielsgebräuche art. 67 § 3. — Das Würtemb. Gesetz vom 13. Sept. 1839 art. 13 führt die Fälle an, in denen kein Ersatz zu leisten ist: „wenn der Thäter im Falle einer fahrlässigen Tödtung durch besonders schwere Beleidigungen, Beschimpfungen oder Mißhandlungen von Seite des Getödteten zum Zorne gereizt und auf der Stelle zu derjenigen That hingerissen worden ist, welche den Tod zur Folge hatte, ingleichen, wenn die Tödtung im Zweikampfe, sowie wenn die Tödtung auf ernstliches Verlangen des Getödteten geschehen ist". — Daß kein Ersatz bei der Tödtung im Zweikampf stattfindet, auch Förster II. § 151 N. 7. — Eine Ersatzpflicht besteht, wenn ein Fleischer trichinenhaltiges Fleisch verkaufte und an demselben ein Mensch gestorben ist, Seuffert XXXII. 120.

[5]) Preuß. Ldr. I. 6. 98—110. — Schweiz. Entw. von 1877 art. 86: der Richter soll Rücksicht nehmen „auf die Größe der Schuld, auf die Erwerbsfähigkeit des Getödteten und auf die Bedürfnisse und ökonomischen Verhältnisse des Ersatzberechtigten"; anders Schweiz. Obl. R. art. 54.

[6]) Z. B. das Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871 § 3.

[7]) Preuß. Ldr. I. 6. § 98, Sächs. GB. § 1491, Reichshaftpflichtgesetz § 3 (ebenso das Schweizer Haftpflichtgesetz art. 5, in Goldschmidt's Ztschr. XXI. S. 206): „Ersatz der Kosten einer versuchten Heilung und der Beerdigung, sowie des Vermögensnachtheils, welchen der Getödtete während der Krankheit durch Erwerbsunfähigkeit oder Verminderung der Erwerbsfähigkeit erlitten hat"; Schweiz. Obl. R. art. 52.

2) haben die Wittwe, die Kinder des Entleibten und überhaupt diejenigen, welche eine Alimentationsberechtigung gegen ihn hatten[8]), einen Anspruch auf Unterhalt, der in den Partikularrechten verschieden geregelt ist[9]); sie sollen vom Schuldigen so gestellt werden, als wenn der Getödtete am Leben geblieben wäre. Die Höhe wird vom Gericht arbiträr bestimmt: „das Gericht hat unter Würdigung aller Umstände über die Höhe des Schadens, sowie darüber, ob, in welcher Art und in welcher Höhe Sicherheit zu bestellen ist, nach freiem Ermessen zu erkennen. Als Ersatz für den zukünftigen Unterhalt oder Erwerb ist, wenn nicht beide Theile über die Abfindung in Kapital einverstanden sind, in der Regel eine Rente zuzubilligen" (Reichsgesetz § 7 Abs. 1); ändern sich später die Verhältnisse, so kann demgemäß eine Erhöhung oder Minderung der Rente erfolgen[10]).

Der Alimentationsanspruch gegen denjenigen, welcher die Tödtung verursacht hat, fällt nicht darum fort, weil nach dem Ge-

---

Nach dem Preuß. Ldr. § 110 beschränkt sich der Anspruch der Familie auf diesen Ersatz, falls die Tödtung durch culpa levissima erfolgte.

Nach den Neumünster'schen Kirchspielsgebräuchen art. 46. § 8 und der Praxis von Cassel und Wolfenbüttel (Seuffert VIII. 138, XV. 225) sind die Beerdigungskosten nicht zu ersetzen; Jeder müßte einmal sterben.

[8]) Das Oestr. GB. § 1327 giebt den Anspruch nur der Wittwe und den Kindern, das Preuß. Ldr. § 109 und das Reichshaftpflichtgesetz § 3 auch denen, welche einen gesetzlichen Alimentationsanspruch gegen ihn hatten, das Schweizer Haftpflichtgesetz art. 5 überhaupt denen, welchen er Unterhalt zu gewähren verpflichtet war, also auch denen, welche ein vertragsmäßiges Recht hatten. Noch weiter geht der Schweizer Entw. von 1877 art. 86: „War der Getödtete einem Andern durch Recht oder Sitte zur Gewährung des Unterhalts oder einer Unterstützung verpflichtet u. s. w.; nach dem Schweizer Obl. R. art. 52 haben den Anspruch diejenigen, welche „durch die Tödtung ihren Versorger verloren".

Daß einen solchen Anspruch nicht der Wittwer hat, wenn ihm seine Frau getödtet ist, welche auch für den Lebensunterhalt der Familie beitrug, Seuffert XXXI. no. 36, vgl. auch Förster II. § 151 N. 7.

[9]) Preuß. Ldr. I. 6. § 99—109, Sächs. GB. § 1492. — Detailfragen mit Rücksicht auf das Reichshaftpflichtgesetz bei Eger das Reichshaftpflichtgesetz 1876 S. 232—295, vgl. auch S. 497 f.

[10]) Reichsgesetz § 7 Abs. 2 und 3. — Die Verheirathung der Wittwe bewirkt an sich noch nicht den Fortfall des Anspruchs, Entsch. d. ROH.Ger. XXII. S. 348 ff.

tödteten subsidiär eine andere Person alimentationspflichtig wäre[11]), und ist auch nicht von der Bedürftigkeit des Alimentationsberechtigten abhängig[12]). So weit dagegen in Folge des Todes des Versorgers dem Berechtigten von anderwärts her (aus Lebensversicherungs-, Renten- u. s. w. Anstalten) der Unterhalt zufließen würde, verringert sich die Verbindlichkeit des Pflichtigen[13]), da der bisher Unterhaltene nur Ersatz für den ihm verloren gegangenen Unterhalt fordern kann.

Das Reichshaftpflichtgesetz § 4 jedoch enthält in dieser Beziehung eine singuläre Bestimmung: „War der Getödtete oder Verletzte unter

---

[11]) Entsch. des ROH.Ger. XIII. S. 25, XIV. S. 408, Eger S. 280 ff. Letzterer behauptet aber mit Rücksicht auf das Reichshaftpflichtgesetz, daß wenn z. B. die Kinder des Getödteten von dessen Vater (ihrem Großvater) im allgemeinen Alimente fordern könnten, allerdings die Eisenbahn resp. der Unternehmer die Alimente zahlen müßte, aber die geleisteten Summen von dem Großvater zurückfordern dürfte, S. 289 ff. Er stützt seine Behauptung auf die weder durch den Text noch durch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes gerechtfertigte petitio principii: „der Ersatzanspruch der Alimentationsberechtigten ist dem Betriebsunternehmer gegenüber ein primärer, anderen Unterhaltverpflichteten gegenüber aber ein subsidiärer“; die Verpflichtung des Unternehmers „ist zwar der Zeit nach die nächste, aber dem Grunde nach die entfernteste Unterhaltspflicht“. Vielmehr will das Gesetz den Unternehmer an die Stelle des getödteten Versorgers treten lassen und es ist unzulässig seine Verpflichtung auf einem Umwege durch Ertheilung des Regreßrechts zu beseitigen. Nach Eger's Ansicht würde, wer den Tod verursacht hat, nur vorläufig die Alimente zahlen und sie später von demjenigen einkassiren, welcher ihn nicht verursacht hat.

Die oben angeführten Sätze gelten auch für die Alimentation unehelicher Kinder. Würde nach gesetzlicher Vorschrift an sich die Alimentationsverbindlichkeit nach dem Tode des unehelichen Erzeugers auf dessen Verwandte übergehen, so tritt dies doch da nicht ein, wo in Folge seiner Tödtung die Grundsätze des Reichshaftpflichtgesetzes Platz greifen. Zweifelnd spricht sich über diese Frage das ROH.Ger. Entsch. XIII. S. 25, XIV. S. 409 aus.

[12]) Das Preuß. Ldr. I. 6. § 100 bestimmt dies für den Fall der Tödtung durch dolus oder lata culpa, nicht aber für den Fall der culpa levis, § 103; ähnlich Zürich. GB. § 1844. Nach dem Sächs. GB. § 1492 steht der Anspruch „der Wittwe des Getödteten bloß soweit zu, als die Nutzungen ihres eigenen Vermögens, und andern Personen bloß soweit zu, als die ihnen in Folge des Ablebens des Getödteten etwa zukommenden Vermögensmittel zu deren Unterhalt nicht ausreichen“.

[13]) Römer in Goldschm. Ztschr. XVIII. S. 18 ff. Das Preuß. Ldr. I. 6. § 100, 103 enthält kasuistische Bestimmungen.

Mitleistung von Prämien oder anderen Beiträgen durch den Betriebs-Unternehmer bei einer Versicherungsanstalt, Knappschafts-, Unterstützungs-, Kranken- oder ähnlichen Kasse gegen den Unfall versichert, so ist die Leistung der letzteren an den Ersatzberechtigten auf die Entschädigung einzurechnen, wenn die Mit-Leistung des Betriebsunternehmers nicht unter einem Drittel der Gesammtleistung beträgt." Aus ihr folgt, daß wenn der Getödtete durch seine alleinigen Beiträge einen Versicherungsanspruch gewonnen oder der Unternehmer weniger als ein Drittel zu den Prämien geleistet hat, letzterer durch die von der Anstalt gezahlten Summen nicht befreit oder erleichtert wird[14]).

Partikulär kann neben dem Schadensersatz noch auf eine an die Familie zu zahlende Privatstrafe erkannt werden[15]).

Andere Personen als die Alimentationsberechtigten haben gegen denjenigen, welcher den Tod herbeiführte, keinen Ersatzanspruch, wenn sie durch den früheren Tod der betreffenden Person einen Vermögensnachtheil erlitten[16]).

II. 1. Wer einen Menschen beschädigt, war nach dem Recht des Mittelalters, gleichviel ob ihm die Körperverletzung als Schuld zugerechnet werden konnte oder nicht, ersatzpflichtig[17]); er hatte dem Verletzten eine Quote seines Wergelds oder eine fest bestimmte Buße zu zahlen. Im spätern Mittelalter trat an die Stelle dieser Zahlungen an den Verletzten eine öffentliche Strafe, falls die Körperverletzung dolos oder kulpos begangen war, und war überdies dem Verletzten der Vermögensschaden zu ersetzen, welcher ihm durch das

---

[14]) Ueber den Sinn dieser höchst mangelhaft gefaßten Bestimmung herrscht viel Streit, vgl. Römer a. a. O., Entsch. des ROH.Ger. XIII. S. 25 ff., Eger S. 314 ff., 324, 331 ff.

[15]) Schweizer Haftpflichtgesetz art. 7, Schweiz. Obl. R. art. 54.

[16]) Insbesondere nicht die Lebensversicherungsgesellschaft, welche den Erben jetzt die Versicherungssumme zu zahlen hat, Entsch. des ROH.Ger. XIII. S. 426 ff. Die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt Reuling Denkschrift in Sachen der Magdeb. Lebensversicherungsgesellschaft wider den kgl. Preuß. Fiskus. Berl. 1874. — Nach dem Zürich. GB. § 1844 hat die „zu Verlust gekommene Lebensversicherungsanstalt" Anspruch auf Enschädigung, wenn die Tödtung „mit Vorsatz oder aus grober Fahrlässigkeit verübt worden" ist.

[17]) Z. B. Sachsensp. II. 65. § 1.

Delikt zugefügt war. An der Zulässigkeit eines solchen Ersatzanspruchs war zur Zeit der Reception um so weniger zu zweifeln, als auch nach dem Corpus juris bei kulposen Beschädigungen freier Personen die Klage aus der Lex Aquilia zustand, nicht sowohl wegen der bewirkten deformitas oder der cicatrices, als vielmehr wegen der impensae in curationem factae, der operae amissae und der künftig geringeren Arbeitsfähigkeit[18]). So wurden denn auf den Anspruch überhaupt die Grundsätze der Lex Aquilia zur Anwendung gebracht.

Abgesehen davon, daß in einzelnen Fällen das neuere Recht die Ersatzverbindlichkeit auch dann eintreten läßt, wenn keine Schuld erwiesen ist (§ 200 N. 24 ff.), gilt im allgemeinen als ihre Voraussetzung, daß dem Beschädigenden die Verletzung als Schuld zugerechnet werden kann. Sie fällt fort, wenn der Beschädigte mit dem Andern eine Rauferei begann, wenn die Verletzung im Duell erfolgte u. s. w. (N. 4).

Der Verletzte hat unbedingt Anspruch auf Ersatz der Kur- und Heilungskosten[19]) und des direkten Schadens, welcher sich für ihn aus der Versäumniß während einer etwaigen Krankheit ergiebt, sodann aber auch auf Entschädigung, wenn er wegen seiner Verletzung für die fernere Betreibung seiner Geschäfte oder seines Gewerbes untauglich oder weniger tauglich geworden oder überhaupt in seiner Erwerbsfähigkeit behindert ist[20]). Auch eine Verunstaltung kommt

---

[18]) L. 3 D. IX. 1, L. 7 D. IX. 3, L. 5 § 3, L. 6, L. 7 pr. D. IX. 2. — Wenn der Meister einem Schusterjungen bei einer Züchtigung ein Auge ausschlägt, kann der Vater klagen, quod minus ex operis filii sui propter vitiatum oculum sit habiturus, L. 7 pr. D. IX. 2.

[19]) Preuß. Ldr. I. 6. § 111, Seuffert XIII. 215. — Nur hiefür leistet die Postverwaltung Ersatz, wenn ein Reisender auf der Post beschädigt wird; bei Extrapostbeförderung tritt gar keine Entschädigung ein, Reichspostgesetz vom 28. Okt. 1871 § 11.

[20]) Preuß. Ldr. I. 6. § 115—122, Oestr. GB. § 1325, Sächs. GB. 1483, 1489, Reichshaftpflichtgesetz § 3 no. 2 („Ersatz der Heilungskosten und des Vermögensnachtheils, welchen der Verletzte durch eine in Folge der Verletzung eingetretene zeitweise oder dauernde Erwerbsunfähigkeit oder Verminderung der Erwerbsfähigkeit erleidet"), Schweiz. Obl. R. art. 53. — Würtemb. Ges. vom 5. Sept. 1839 art. 14. — Detail: Seuffert VIII. 222, XIII. 29, XIV. 235, XV. 129, XXVI. 231, XXXI. 230, Eger S. 232 ff., 295 ff., 497 f.

in Betracht, wenn sie das weitere Fortkommen erschwert[21]), insbesondere, wenn sie einer Person weiblichen Geschlechts die Aussicht sich zu verheirathen beeinträchtigt[22]).

Die Höhe der Entschädigungssumme wird arbiträr vom Richter festgestellt; der Verpflichtete kann zur einmaligen Zahlung eines Kapitals oder zu einer fortlaufenden Rente verurtheilt werden; im letztern Fall ist sie bei Veränderung der Verhältnisse des Beschädigten später zu erhöhen oder erniedrigen[23]). Statt diese Entschädigungsansprüche beim Civilrichter geltend zu machen, darf der Verletzte auch im Strafverfahren neben der Kriminalstrafe eine Buße fordern, welche ihm bis zum Betrage von 2000 Thaler zugesprochen werden kann[24]).

2. In sehr weiter Verbreitung spricht die neuere Praxis und vielfach auch die neuere Codifikation demjenigen, welcher ohne seine Schuld eine Körperverletzung erlitt, neben dem Ersatz des erlittenen Vermögensschadens ein Schmerzensgeld zu, um ihm für die erlittenen Schmerzen eine Art Aequivalent durch Zuwendung eines

---

[21]) Preuß. Ldr. I. 6. § 128, Oestr. GB. § 1326, Zürich. GB. § 1845, Sächs. GB. § 1490, Schweiz. Obl. R. art. 53, Seuffert XV. 131, XXVII. 29. Da es sich um einen höchst persönlichen Anspruch handelt, „geht er auf die Erben des Verletzten nur über, wenn dieser deshalb bereits Klage bei Gericht angebracht hat, oder wenn der Anspruch durch Vertrag festgestellt ist"; so bestimmt das Sächs. GB. § 1490. Nach demselben ist für eine Verunstaltung Schadensersatz zu leisten, ohne Rücksicht darauf, ob durch dieselbe die Erwerbsfähigkeit oder das Fortkommen beeinträchtigt ist oder nicht. Ist dies nun in concreto nicht der Fall, so kann dieser Anspruch nicht erhoben werden, wenn es sich um die Anwendung des Reichshaftpflichtgesetzes handelt, da dasselbe im § 3 (vgl. N. 20) den Umfang der Entschädigung vollständig normirt, Entsch. des ROH.Ger. XIX. S. 397 ff.

[22]) Preuß. Landrecht I. 6. § 123—127, Oestr. GB. 1326, Seuffert XVIII. 42.

[23]) Reichshaftpflichtgesetz § 7. — Ueber den Fall der Versicherung oben N. 14.

[24]) Reichsstrafgesetzbuch § 231. — Nach dem Schweizer Haftpflichtgesetz art. 7 und dem Schweiz. Obl. R. art. 54 kann, wenn die Verletzung durch Arglist oder grobe Fahrlässigkeit verschuldet wurde, dem Verletzten „auch abgesehen von dem Ersatz erweislichen Schadens eine angemessene Geldsumme" zugesprochen werden, — eine Privatstrafe, wie sie auch beim Entwurf des deutschen Reichsstrafgesetzbuchs beabsichtigt war.

Vermögensvortheils zu gewähren[25]). Den Quellen des alten deutschen Rechts ist neben dem Anspruch auf ein Wergeld oder eine Buße oder auf einfachen Schadensersatz das Schmerzensgeld unbekannt. Die ersten Spuren desselben finden sich im 15. Jahrhundert[26]); die Carolina art. 20 und 21 bestimmte darauf für den speciellen Fall, daß Jemand gegen das Recht torquirt sei, man solle ihm einen Ersatz für seine Schmerzen geben. Aber erst Carpzov lehrte, daß die Höhe der bei Körperverletzungen zu zahlenden Privatbuße mit Rücksicht auf die erlittenen Schmerzen auszumessen sei[27]). Regelmäßig wurden die beiden Ansprüche auf Ersatz des Vermögensschadens und auf Ersatz wegen der Schmerzen mit einander in derselben Klage kombinirt (actio utilis ex lege Aquilia); aber es galt auch als zulässig eine besondere Schmerzensgeldklage anzustrengen.

---

[25]) Seitz Untersuchungen über die heutige Schmerzensgeldklage. Erl. 1860 (dazu auch Stintzing in d. krit. Viertelj. Schr. II. 1860 S. 592—597), v. Wächter die Buße bei Beleidigungen und Körperverletzungen nach dem heutigen gemeinen Recht. Leipz. 1874 S. 72—87. — Von Gesetzen Preuß. Ldr. I. 6 § 112 ff., Oestr. GB. § 1325, Zürich. GB. § 1845, Sächs. GB. § 1489 (über die Geschichte in Sachsen v. Wächter S. 85 N. 67), über die sächs. Fürstenthümer Heimbach § 259. — Praxis von München (Seuffert IV. 227, XV. 132, XXXI. 231), Cassel (VIII. 138, Hauser's Ztschr. für Reichs- und Landesr. IV. 1878 S. 100 f.), Jena (Seuffert XXIII. 31), Oldenburg (I. 220, XXXI. no. 230), Rostock (XXXI. 232), Celle (XIII. 31, XXVII. 30), Hamburg (Baumeister I. S. 414 N. 37). — Aufgehoben ist der Anspruch im Baden'schen GB. 1382 f, in Rudolstadt (Heimbach § 259 N. 7), in Würtemberg (Ges. v. 5. Sept. 1839 art. 14). — Gegen ihn spricht sich unter Berufung auf das Römische Recht die Praxis von Wiesbaden aus (Seuffert XIII. 31). — Die Post haftet für kein Schmerzensgeld, Reichspostgesetz vom 28. Okt. 1871 § 11, und ebenso kann es nicht gefordert werden, wo Ersatz aus dem Reichshaftpflichtgesetz gefordert wird (vgl. N. 21 a. E.).

[26]) Man nahm bisher an, daß es zuerst in der Carolina erwähnt werde. Aber schon Purgoldt IV. 24 sagt, wer in einen nicht umfriedeten Brunnen falle, habe keinen Anspruch auf eine Gabe für seine Schmerzen; anders sei es, wenn der Hineingefallene blind oder schwachsichtig sei, da ihn keine Schuld treffe; dann hätten ihm die Schöffen etwas für seine Schmerzen zuzubilligen. In einer Kölner Chronik vom J. 1499 wird beim Jahre 1431 erzählt (Städtechroniken XIV. S. 769), daß man einem unschuldig Gefolterten für das halbe Jahr, welches er gefangen saß, die arczedie und cost bezahlen und vor sinen smertzen 10 Gulden geben sollte. — Einige Stellen aus der älteren französischen Praxis bei Reuling Denkschrift (N. 16) S. 37 N. *.

[27]) Seitz S. 120 ff., v. Wächter S. 78 ff.

Die Schmerzensgeldklage ist keine Pönalklage[28]), sondern eine Ersatzklage[29]). Allerdings handelt es sich um keinen Schaden am Vermögen, aber es soll eine der Person erwachsene Unannehmlichkeit durch eine Vermögensleistung ausgeglichen werden[30]). Das Schmerzensgeld kann nicht bloß bei dolosen, sondern auch kulposen Verletzungen gefordert werden[31]). Die Abmessung seiner Höhe unterliegt dem richterlichen Arbitrium, welches auf die Größe der Schmerzen Rücksicht zu nehmen hat. Wo zugleich der Grad der Verschuldung und die Vermögensverhältnisse des Schuldigen in Rechnung zu ziehen sind, erhält die Klage den Charakter einer actio mixta, welche sowohl Strafklage als reipersekutorisch ist[32]). Als actio

---

[28]) Dafür erklären sie unter den Neueren Seitz S. 98 ff., 165 ff., 169 ff., Unger II. S. 365 N., Bruns Enc. § 49. 1. (aber mit Polemik gegen die Ansicht, daß nur bei Vermögensnachtheil Schadensersatz zulässig sein soll), Gengler Privatrecht (3. Aufl.) § 131, das ältere sächsische Recht (Schmidt I. S. 480 f., v. Wächter S. 85 N. 67), die Lübische Praxis (Seuffert XXXII. 239), mit der bei dieser Ansicht richtigen Consequenz, daß weil das Strafgesetzbuch diese Folge der Körperverletzung nicht kenne, auf ein Schmerzensgeld weder von einem deutschen Civil- noch von einem Strafgericht erkannt werden dürfe. — Dies ist wohl auch der Standpunkt des Preuß. Rechts, da nach Landr. I. 6 § 112—114 ein Schmerzensgeld nur an Personen des Bauern- und gemeinen Bürgerstandes gezahlt, bei Personen höheren Standes auf die Schmerzen nur bei der Strafzumessung Rücksicht genommen werden soll. Die Casseler Entscheidung bei Seuffert VIII. no. 138 darf nicht mit Seitz S. 165 gleichfalls für diese Ansicht angeführt werden; sie sagt nur, daß der Anspruch auf Seiten des Verletzten nicht vererblich sei.

[29]) v. Wächter S. 73 ff., S. 81 ff., Windscheid § 455 N. 31 (in der 4. Aufl.) Kohler Patentrecht S. 653. Dies ist auch die regelmäßige Ansicht der Praxis z. B. Seuffert XXXI. no. 232, Hauser Ztschr. IV. S. 101.

[30]) Daß ein Ersatz nicht bloß bei Vermögensschaden möglich ist, wird auch von mehreren, welche sich für die Pönalklage aussprechen, nicht verkannt, z. B. von Seitz S. 166 f., Bruns (N. 28) und Andern.

[31]) Z. B. Seuffert XXXI. no. 231, 232.

[32]) Dies ist z. B. der Fall in Seuffert XV. 131, vgl. auch Seitz S. 195. Nach dem Preuß. Ldr. I. 6 § 113 soll der Betrag „nach dem Grade der ausgestandenen Schmerzen, jedoch nicht unter der Hälfte und nicht über den doppelten Betrag der erforderlichen Kurkosten" bestimmt werden; darüber Seuffert XVIII. 138. — Das Passauer Gericht (Hauser's Ztschr. II. S. 463) berücksichtigt nur das Maß der Schmerzen, nicht die Vermögensverhältnisse des Thäters.

vindictam spirans geht sie nicht auf die Erben des Verletzten über[33]).

Wie jede andere Entschädigung kann das Schmerzensgeld im Civilprozeß gefordert werden. Wenn aber dem Verletzten auf seinen Antrag vom Strafrichter eine Buße zugesprochen wird, bei deren Abmessung zugleich auf das Maß der erlittenen Schmerzen Rücksicht zu nehmen ist, so ist ein weiterer Civilanspruch unzulässig; denn die zuerkannte Buße schließt die Geltendmachung eines weitern Entschädigungsanspruchs aus (Straf-GB. § 231)[34]).

Eine Analogie für das Schmerzensgeld bietet eine Bestimmung der deutschen Seemannsordnung vom 27. Dez. 1872 § 46: „der Schiffer ist berechtigt, bei ungewöhnlich langer Dauer der Reise oder wegen eingetretener Unfälle eine Kürzung der Rationen oder eine Aenderung hinsichtlich der Wahl der Speisen und Getränke eintreten zu lassen. Er hat im Schiffsjournal zu bemerken, wann, aus welchem Grunde und in welcher Weise eine Kürzung oder Aenderung eingetreten ist. Wenn dies versäumt ist, oder wenn die vom Schiffer getroffenen Anordnungen sich als ungerechtfertigt oder durch sein Verschulden herbeigeführt erweisen, so gebührt dem Schiffsmann eine den erlittenen Entbehrungen entsprechende Vergütung."

III. Wer, sei es ein Beamter, sei es eine Privatperson widerrechtlich einen Andern seiner Freiheit beraubt, muß ihm, abgesehen von den strafrechtlichen Folgen, seinen Schaden ersetzen[35]). In den Ländern des sächsischen Rechts gab die sich irrthümlich auf den Sachsenspiegel stützende, im 16. Jahrhundert ausgebildete Praxis[36]) dem Verletzten daneben noch den Anspruch auf eine Buße, die sg. Sachsenbuße, nämlich 40 Groschen für jeden Tag der Gefangenhaltung[37]). Auch das sächs. GB. § 1497 hat dies beibehalten; es verpflichtet den Schuldigen „dem Beschädigten die Freiheit wieder

---

[33]) Seitz S. 183 f., Windscheid § 455 N. 33, Förster II. § 151 N. 39, Seuffert VIII. 138, XXXI. 230.

[34]) v. Wächter S. 85 ff.

[35]) Preuß. Ldr. I. 6 § 132 ff., Oestr. GB. § 1329, Würtemb. Ges. vom 5. Sept. 1839 art. 16.

[36]) Weiske Abhandlungen aus dem Gebiete des deutschen Rechts. S. 108—111.

[37]) Haubold § 302 N. e, f, Heimbach § 259 N. 8.

zu verschaffen, den entgangenen Verdienst und allen sonst verursachten Schaden nach richterlichem Ermessen zu ersetzen, auch überdieß für jeden Tag einer Gefangenhaltung den Betrag von einem Thaler zehn Neugroschen zu bezahlen." Die Sachsenbuße ist keine Privatstrafe, sondern analog dem Schmerzensgelde eine Entschädigung für das Unbehagen der Freiheitsentziehung, unterscheidet sich aber dadurch vom Schmerzensgelde, daß ihr Betrag gesetzlich fixirt ist.

§ 204. Beischlaf und Schwängerung[1]).

1. Der außereheliche geschlechtliche Verkehr mit einem unbescholtenen, unverheiratheten Frauenzimmer verpflichtete schon nach ältestem Recht zur Zahlung einer Buße an die Familie resp. den Vormund des Mädchens[2]). Mit der Einführung des Christenthums wurde von dem Verführer gefordert, daß er das Mädchen heirathen und ausstatten solle. Das Mosaische Recht bestimmt: „Wenn jemand eine Jungfrau beredet, die noch nicht vertrauet ist, und beschläft sie, der soll ihr geben ihre Morgengabe und sie zum Weibe haben. Weigert sich aber ihr Vater sie ihm zu geben, so soll er Geld darwägen, wie viel einer Jungfrau zur Morgengabe gebührt" (2. Mos. XXII. 16, 17); seine Bestimmung ging in das Corpus juris canonici über (c. 1 X. V. 16): „Si seduxerit quis virginem nondum desponsatam dormieritque cum ea, dotabit eam et habebit uxorem. Si vero pater virginis dare noluerit: reddet pecuniam juxta modum dotis quam virgines accipere consueverunt." Wenn hier der Verführer nicht bloß verpflichtet wird, das Mädchen zu heirathen, sondern ihr auch eine Vermögenszuwendung zu machen, so ließ sich eine solche Vorschrift auch auf Deutschland übertragen, da hier jeder Bräutigam dem Mädchen zu einer Gabe verpflichtet war und nur die Ehe mit einer solchen Gabe als eine vollkommen rechtswirksame erschien.

---

[1]) Busch Theoretisch-praktische Darstellung der Rechte geschwächter Frauenspersonen gegen ihre Verführer und der unehelichen Kinder gegen ihre Erzeuger. Ilmenau 1828. Gett die Rechtsverhältnisse aus der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft, sowie der unehelichen Kinder. München 1836.

[2]) Wilda Strafr. der Germanen S. 809 ff., Schröder ehel. Güterr. I. S. 11 ff.

2. Doch hielten nur einige Rechte streng an der kanonischen Vorschrift fest, daß der Verführer das Mädchen heirathen soll, wenn es ihn zur Ehe nehmen will[3]); meistens sprach man eine alternative Verpflichtung aus. Es hieß jetzt nicht duc et dota, sondern duc aut dota; er soll das Mädchen heirathen oder ihr eine hohe Buße erlegen[4]).

In der neueren Zeit haben einige Rechte jeden derartigen Dotationsanspruch fallen gelassen[5]). Andere kennen die Dotationspflicht — im Gegensatz gegen das ältere Recht — nur, wenn die Frauensperson geschwängert ist: der Schwängerer soll sie heirathen oder, da sie durch die Schwängerung ihren guten Ruf verloren und eine geringere Aussicht auf Verheirathung hat, ihr zur Entschädigung eine Dos zahlen, durch deren Empfang sich diese Aussicht wiederum steigert[6]). Wo nur die Schwängerung den Anspruch begründet, ist die Forderung nicht erst von der Niederkunft abhängig,

---

[3]) Z. B. Brünner Schöffenbuch c. 492 und 619, Brünner Stadtr. § 101 (Rößler S. 365).

[4]) Eine große Zahl von Statuten bei Rive Vormundschaft II. 1. S. 100 N. 103. — Vgl. auch Stadtrecht v. Büren aus dem 14. Jahrh. § 14 (Heirath oder 10 Mark pro infamia); Stdtr. v. Lübeck (Hach) II. 176, III. 73 (Heirath oder 40 Mark), revid. Lüb. Statt. IV, 5. 1 (er soll die Geschwächte heirathen oder „nach ihres Standes gelegenheit und wie ihre Eltern hetten thun können, dotiren und begifftigen"), Constitt. Saxon. IV. 27 (heirathen oder nach ihrem „stand und herkommen" dotiren). — Ueber die Ausbildung eines derartigen Gerichtsgebrauchs seit dem 15. Jahrhundert Busch S. 42 ff., S. 52 N. 1.

[5]) Z. B. das Oestr. Recht (v. Kirchstetter zu § 1328 des Oestr. GB.), welches den Schwängerer nur zu den Kosten der Entbindung und des Wochenbetts, aber nicht zur Dotation verpflichtet; ferner das Gothaische Gesetz vom 1. Juli 1869.

[6]) Lüneb. Ref. VIII. Tit. 25: er soll „der Geschwängerten so viel als ihre Eltern, wenn sie die zum Ehren ausgesteuert, mitgegeben hätten, zum Abtrag entrichten." — Nach älterer Praxis des OA. Gerichts zu Celle (Hagemann Erört. VI. no. 100. § 4: Schwängerung oder Beischlaf, der nicht verborgen bleibt). — Preuß. Ldr. II. 1. § 1015, 1032; nach dem Preuß. Ges. v. 24. Apr. 1854 hat der Schwängerer den 4., resp. den 6. Theil seines Vermögens zu zahlen bei Nothzucht, Schwängerung in willenlosem Zustande, Vorspiegelung einer Trauung, Erregung des Irrthums, daß der Beischlaf ein ehelicher sei, bei Schwängerung seiner Verlobten während des Brautstandes, bei Verführung und Schwängerung eines unbescholtenen Mädchen zwischen 14 bis 16 Jahren. — Gothaisches Gesetz v. 1. Juli 1869.

sondern sie kann bereits vor derselben geltend gemacht werden[6a]). Die Klage, mit welcher diese Dos oder Entschädigung gefordert wird, ist keine Privatpönalklage, sondern eine Schadensersatzklage; der Schwängerer wird wegen des Stuprum, an welchem sich ja beide Personen betheiligt haben und welches früher an beiden Personen, jetzt an keiner von beiden Personen gestraft wird, nicht bestraft, sondern er hat dem Frauenzimmer, welchem er durch dasselbe einen Schaden zugefügt hat, ihn zu ersetzen[7]). Die Höhe der Ausstattung oder Entschädigung wird nach dem Stande der Klägerin, resp. auch des Schwängerers gemäß den partikularrechtlichen Bestimmungen sehr verschieden bemessen[8]). Nach einzelnen Rechten kann der Schwängerer verurtheilt werden, der Frau statt eines Kapitals jährlich ein bestimmtes Alimentationsquantum zum Unterhalt zu zahlen.

Noch andere Gesetze sind auf dem alten Standpunkt stehen geblieben; sie machen den Anspruch nicht von der Schwängerung abhängig, sondern erklären es für gleichgültig, ob der Beischlaf diese Folge hat oder nicht[9]).

[6a]) Preuß. Ldr. II. 1. § 1019, Seuffert V. 290.

[7]) Gett S. 37 f., Förster III. § 217 N. 3. — Beseler I. § 113 N. 5 hat nicht erklärt, warum diese Entschädigungsansprüche „in gewisser Beziehung unter den Begriff der Privatstrafe zu bringen sind."

[8]) Vgl. N. 6. — Sächs. GB. § 1551 („mit Rücksicht auf deren Stand und auf die Vermögensverhältnisse des Beischläfers"), Roth kurhess. Privatr. I. S. 624—626, Reyscher II. § 506 N. 4a ff. (keine Verpflichtung zur Ausstattung, sondern nur zur Bezahlung des sg. „Kränzchen"); Altenb. Ges. vom 29. Mai 1876 § 1 (Entschädigung mit Rücksicht auf den Stand der Frauensperson und die Vermögensverhältnisse des Beischläfers zwischen 50 bis 1000 Mark) u. s. w. Vgl. überhaupt Busch S. 116 ff.; derselbe erklärt sich dagegen, auf die Vermögensverhältnisse des Stuprators Rücksicht zu nehmen. Richtig ist es allerdings, daß dadurch der Gesichtspunkt des reinen Schadenersatzes alterirt wird. Aber da hier der Richter arbiträr entscheidet, so legt er dem Stuprator die Verpflichtung auf, der Geschwächten, soweit es ihm möglich ist, eine Entschädigung zu gewähren.

[9]) Sächs. GB. § 1551 (Haubold § 302 N. g), Roth kurhess. Privatr. I. § 169 S. 620, Grefe II. S. 433 (neuere Hannov. Praxis Seuffert VII. 48), Altenb. G. v. 29. Mai 1876 § 1 (ohne Schwängerung bei zwangsweisem Beischlaf, mit einer in einem willenlosen oder bewußtlosen Zustande befindlichen oder geisteskranken Person, bei Vorspiegelung der Trauung oder sonstigem

3. Der Anspruch gegen den Verführer steht nur einem unberüchtigten[10]) ledigen Frauenzimmer zu, gleichviel ob sie nie verheirathet war oder Wittwe oder geschieden ist[11]); keinen Anspruch hat ein Frauenzimmer, welches bereits vorher mit andern Männern zu thun gehabt hat, insbesondere sich schon einmal hat schwängern lassen[12]), oder verheirathet ist, oder der verführende Theil war[13]), oder sich nach der zur Klage Veranlassung gebenden fleischlichen Vermischung mit einem Andern einläßt[14]), oder für die Gewährung des Beischlafs einen Lohn angenommen hat[15]).

4. Das Frauenzimmer kann alternativ auf Ehelichung oder Vermögensentschädigung klagen und es steht dem Manne das Wahlrecht zu. Hat es seine Klage nur auf Dotation gerichtet, so kann der Stuprator sich von diesem Anspruch durch sein Anerbieten befreien, die Geschwächte zu heirathen[16]) und diese verliert jeden An-

---

Irrthum, bei Verführung eines unbescholtenen Mädchens unter 16 Jahren), Koburger G. v. 28. Juli 1858 art. 1, Baumeister I. S. 421 N. 10 u. s. w.

[10]) Der Schwängerer soll der Person, wenn sie berüchtigt ist, „mit einem Gulden und einem neuen Paar Schuh Abtrag machen," Lüneb. Ref. VIII. Tit. 25; die Bestimmung hängt mit der Sitte zusammen, daß der Bräutigam der Braut ein Paar neue Schuhe brachte, Grimm Rechtsalterth. S. 156.

[11]) Busch S. 57 ff.; a. A. Gett S. 9 f., daß Wittwen dies Recht nicht haben, und so auch nach Würt. Recht, Reyscher § 506 N. 10.

[12]) Strube Bedenk. III. no. 147, Busch S. 132 ff.; dagegen Seuffert I. no. 232.

[13]) Busch S. 160 ff., Seuffert XXVI. no. 133, Reyscher § 506 N. 12.

[14]) Reyscher § 506 N. 6ᵃ, Haubold § 302 Zus. 3, Sächs. G.Buch § 1552, Grefe II. S. 433 f.; Controverse nach älterm Recht Busch S. 102 ff.

[15]) Preuß. Ges. vom 24. Mai 1854 § 9. — Nach dem Erk. des Preuß. OTrib. v. 6. April 1857 (Striethorst XXV. S. 54) macht es keinen Unterschied, ob die Geschwängerte vor oder nach der Conceptionszeit von dem angeblichen Schwängerer oder einem andern Zuhalter dergleichen Bezahlung angenommen hat. — Nach dem Münch. OA.Ger. Erk. bei Schletter Jahrbb. IV. S. 115 und der Praxis von Hessen (Roth I. S. 622 N. 12) und Hannover (Seuffert I. 230) verliert sie den Anspruch nicht dadurch, daß sie weiß, daß ihr Verführer verheirathet ist. Anderwärts hat sie keinen Anspruch auf Dotation, so Baumeister I. S. 423 f., Busch S. 164 f., Sächs. GB. § 1552 u. s. w.

[16]) Roth S. 622, Seuffert XIII. no. 316. — Auch in dem Falle, daß er sich vor Anstellung der Klage geweigert hat, sie zu heirathen, Hauser Ztschr. IV. S. 157 f.

spruch, wenn sie dies Anerbieten ohne Grund ausschlägt[17]). Ist es dem Manne unmöglich das Mädchen zu heirathen, z. B. weil ihre Eltern oder der Vormund die Verheirathung nicht zugeben wollen[18]), weil ein gesetzliches Ehehinderniß besteht[19]) oder weil dem Mädchen ein gültiger Repudiationsgrund zur Seite steht[20]), u. s. w.[21]), so muß er die Entschädigung zahlen.

Die Geschwächte andererseits verliert jeden Anspruch, wenn sie die Ehe selbst unmöglich macht, z. B. wenn sie, bevor der Beischläfer die Verehelichung mit ihr verweigert, sich selbst verheirathet[22]), oder wenn sie durch Verbrechen oder unwürdige Lebensweise dem Manne eine justa causa giebt, die Verehelichung mit ihr zu verweigern[23]).

5. Da durch den Tod des Mannes seine Verpflichtung die Geschwächte zu ehelichen fortfällt, andererseits aber eine Schadensersatzklage auch gegen die Erben des Schuldners angestrengt werden kann, so sind dieselben zur Dotation der Geschwächten verpflichtet[24]). Stirbt die Frau, so geht die Satisfaktionsklage auf ihre Erben nur über, wenn sie dieselbe bereits angestellt hatte oder der Anspruch durch Vertrag festgestellt war[25]).

---

17) Preuß. Ldr. II. 1. § 1081, Altenb. Ges. v. 29. Mai 1876 § 2, Busch S. 181 ff.

18) Hommel rh. no. 53, Seuffert XIII.; 45, Roth S. 622.

19) Z. B. Seuffert XXIX. 241.

20) Z. B. wenn er Nothzucht an ihr verübt hatte, Baumeister I. S. 416.

21) Busch S. 67 f., 69 ff., Gett S. 17 ff.

22) Preuß. Ldr. II. 1. § 1080, Sächs. GB. 1552, Altenb. Ges. vom 29. Mai 1876 § 2, Seuffert VI. no. 45, Busch S. 183 ff., Reyscher § 506 N. 6a. Ist der Schwängerer selbst verheirathet, so verliert sie durch ihre Verheirathung nicht den Anspruch, Förster § 217 N. 6, Seuffert XXIII. 141.

23) Preuß. Ldr. II. 1. § 1081, Roth S. 623, Baumeister I. S. 416, Grefe II. S. 434, Reyscher a. a. O. vgl. auch N. 14.

24) Seuffert IX. 36, Baumeister I. S. 420 f., Preuß. Ges. v. 1854 § 19, 20, Altenb. Ges. § 19.

25) Preuß. Ldr. II. 1. § 1088, Sächs. GB. § 1053, Altenb. G. § 3, Koburger Ges. vom 28. Juli 1858 art. 4, Roth S. 621 N. 8, Baumeister I. S. 420, v. Wächter II. S. 533 N. 53, Seuffert IX. 164. Doch wird auch die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt, daß sie den Anspruch vererbe, z. B. Seuffert X. no. 52 (Celle), XIII. no. 316 (Wolfenb.), Gett S. 33 f., Windscheid § 493 N. 7; vgl. über die Controverse Busch S. 102 ff. — Indessen scheint die erste Ansicht, welche eine actio vindictam spirans annimmt, nicht bloß dem gegenwärtigen Rechtszustande, sondern auch der Natur

6. Eine geschwängerte Person hat gegen ihren Stuprator auch Anspruch auf Ersatz des ihr erwachsenen Vermögensschadens und kann von ihm die Kosten des Wochenbetts, der Taufe des Kindes, resp. wenn es bald darauf stirbt, des Begräbnisses desselben fordern; und zwar steht dieses Recht nicht bloß solchen Personen zu, welche den Dotationsanspruch haben, sondern auch andern Geschwängerten in partikularrechtlich bestimmtem Umfange[26]).

§ 205. Die Verletzung des Urheberrechts[1]).

Die Verletzung des Urheberrechts ist zufolge der neueren Gesetzgebung ein öffentliches Vergehen[2]), welches auf Antrag des Verletzten (des Autors, Verlegers u. s. w. und ihrer Rechtsnachfolger) verfolgt wird, und Strafe und Verpflichtung zum Schadensersatz nach sich zieht.

---

der Sache mehr zu entsprechen. Da die Geschwächte nicht einen ihrem Vermögen, sondern ihrer Person zugefügten Schaden verfolgt, ist es anzunehmen, daß der Anspruch mit ihrem Tode erlischt.

[26]) Haubold § 304[b] N. f, Oestr. GB. § 1328, Gothaisches Ges. vom 1. Juli 1869 § 1, Preuß. Ges. § 7—9, Sächs. GB. § 1860, Baumeister I. S. 422, Busch S. 202 ff., Gett S. 15 N. * — Der Anspruch fällt fort, wenn die Frau den Mann zum Beischlaf verleitete; doch braucht sie als Klägerin nicht zu beweisen, daß sie verführt worden sei, sondern der Beklagte hat nur den Einwand, daß er der verleitete sei, Seuffert XXX. 33. — In einigen Ländern, z. B. wird nur auf die Satisfaktionssumme und auf nichts weiter erkannt, Seuffert XIV. 40 mit den Nachweisungen.

Nach großherzogl. hess. Praxis hat ein Mädchen, welchem die Ehe versprochen ist, eine Klage auf Bezahlung der Entbindungskosten, während andern Geschwängerten wegen des Grundsatzes la recherche u. s. w. auch nicht einmal dieser Anspruch zusteht, Seuffert XXVII. 233.

[1]) Die Literatur über das Urheberrecht vgl. oben S. 3—6. — Weil zuerst nur der eigentliche Nachdruck verpönt war und strafbare Verletzung des Urheberrechts und Nachdruck identisch waren, werden in der Literatur öfter auch jetzt noch, nachdem andere Verletzungen des Autorrechts gleichfalls für strafbar erklärt sind, diese andern Fälle unter dem gemeinsamen Namen des Nachdrucks mit begriffen, z. B. die Verbreitung einer unerlaubten Uebersetzung, die unbefugte Aufführung eines Dramas u. s. w. Diese ungenaue Terminologie ist zu vermeiden.

[2]) v. Gerber Abhandl. S. 276 N. * — Irrig bezeichnet Klostermann I. S. 379, 435 den Nachdruck als Privatdelikt, welches gleichzeitig als öffentliches Vergehen behandelt werde.

Eine strafbare Verletzung des Urheberrechts begeht:

1. wer ein Schriftstück, Manuskript, einen Vortrag, eine musikalische Composition, Karten, Abbildungen ohne Berechtigung vorsätzlich oder aus Fahrlässigkeit mechanisch vervielfältigt in der Absicht, seinen Nachdruck zu verbreiten (Reichsges. v. 11. Juni 1870 § 18 vgl. mit § 4, § 5. a, b, § 43, 45);

2. wer eine Uebersetzung eines geschützten Werks in der Absicht sie zu verbreiten auf mechanischem Wege vervielfältigt (§ 6);

3. wer ein geschütztes dramatisches oder musikalisches Werk unbefugt vorsätzlich oder aus Fahrlässigkeit öffentlich aufführt (§ 54);

4. wer ein Werk der bildenden Künste ganz oder theilweise unbefugt nachbildet in der Absicht die Nachbildung zu verbreiten (Reichsgesetz v. 9. Jan. 1876 § 16 vgl. mit § 1):

5. wer ein photographisches Werk unbefugt mechanisch nachbildet, in der Absicht seine Nachbildung zu verbreiten (Reichsgesetz vom 10. Jan. 1876 § 3);

6. wer wissentlich ein Patentrecht verletzt (Reichsgesetz vom 25. Mai 1877 § 34);

7. wer unbefugt ein geschütztes Muster oder Modell nachbildet, in der Absicht seine Nachbildung zu verbreiten (Reichsgesetz vom 11. Jan. 1876 § 5).

In allen diesen Fällen ist vom Richter eine Strafe bis zu 3000 Mark, resp. bis zu 5000 Mark auszusprechen[3]). Wer das Urheberrecht culpos verletzt, aber „auf Grund entschuldbaren, thatsächlichen oder rechtlichen Irrthums in gutem Glauben gehandelt hat," ist straflos, hat aber den Verletzten zu entschädigen; trifft den Veranstalter des Nachdrucks keine Schuld, so hat er keine Entschädigung zu leisten, sondern nur seine Bereicherung dem Verletzten herauszugeben[4]). Die Verletzung eines Patentsrechts[5]) ist nur dann ein Delikt, wenn sie wissentlich erfolgt ist[6]).

---

[3]) Die verschiedenen Gesetze z. B. das v. 11. Juni 1870 § 18, 43, 45, 54 bestimmen die Geldstrafe bis zu 1000 Thalern; nach dem Patentgesetz § 34 Strafe bis zu 5000 Mark.

[4]) RGes. v. 11. Juni 1870 § 18 und die sonstigen Gesetze; entgegengesetzt den allgemeinen Rechtsgrundsätzen wird hier unter Umständen der Rechtsirrthum als entschuldbar angesehen, Dambach Commentar S. 136 ff., Kohler S. 528 ff.

[5]) Ebenso des Markenrechts, vgl. Reichsgesetz v. 30. Nov. 1874 § 14.

[6]) Reichsgesetz v. 25. Mai 1877 § 34, Kohler S. 450 ff. Daß eine Ent-

Von der Verletzung des Urheberrechts ist im Privatrecht aus dem Gesichtspunkt heraus zu handeln, daß sie zur Entschädigung verpflichtet. Wir berücksichtigen im folgenden besonders das literarische und künstlerische Urheberrecht und gehen auf die andern Arten desselben nur gelegentlich ein.

1. Nachdruck kann auch von einer an dem Werk berechtigten Person begangen werden, so von dem berechtigten Verleger, welcher mehr Exemplare druckt, als ihm gestattet ist[7]), oder von dem Autor selbst, wenn er das Werk gegen den Verlagsvertrag noch in einem andern Verlage erscheinen läßt[8]). Das gleiche gilt für das Verhältniß von Künstler und Kunstverleger (Reichsges. v. 9. Jan. 1876 § 5 no. 4, 5).

2. Jede mechanische Vervielfältigung eines Schriftwerkes, welche ohne Genehmigung des Berechtigten hergestellt wird, heißt Nachdruck (Reichsges. v. 11. Juni 1870 § 4. Abs. 1). Es ist indifferent, welches mechanische Vervielfältigungsverfahren angewendet wird, ob Druck, Lithographie, Autographie, Photographie u. s. w. „Als mechanische Vervielfältigung ist auch das Abschreiben anzusehen, wenn es dazu bestimmt ist, den Druck zu vertreten“ (§ 4 Abs. 3)[9]).

3. Es ist ferner gleichgültig, ob sich der Nachdruck auf das ganze Werk oder nur auf einzelne Theile erstreckt, ob das Werk un-

---

schädigung bei bloß fahrlässiger Patentverletzung undenkbar sei, wie Gareis Patentgesetz S. 261 behauptet, ist nicht einzusehen.

[7]) Vgl. oben § 189 N. 32.

[8]) Reichsges. v. 11. Juni 1870 § 5 c, Wächter Verlagsrecht S. 89.

[9]) An und für sich würde das Abschreiben nicht als mechanische Vervielfältigung gelten, da man unter derselben doch nur eine solche mechanische Reproduktion versteht, bei welcher durch dasselbe Verfahren, durch dieselbe Vorrichtung mehrere Exemplare hergestellt werden können, Wächter I. S. 517, 603, Klostermann I. S. 397 ff. Auch hatte das Baierische Gesetz v. 28. Juni 1865 art. 5 bestimmt: „das Abschreiben literarischer Erzeugnisse, selbst um Lohn und für Mehrere, gilt nicht als Nachdruck.“ — Das Reichsgesetz mit seiner entgegengesetzten Bestimmung will besonders der Konkurrenz entgegentreten, welche dem Musikalienhändler durch das Abschreiben von Noten gemacht werden kann. So ist es Nachdruck, wenn ein musikalischer Verein sich die einzelnen Stimmen abschreiben läßt, Entsch. des ROH. Ger. XV. S. 309 f., Klostermann I. S. 375, Anh. S. 36, Dambach S. 52. — Das Abschreiben zum bloßen Privatgebrauch ist kein Nachdruck; ebenso ist es kein Nachdruck, wenn Jemand ein ihm vom Autor geliehenes Manuskript auch wider dessen Willen abschreibt.

verändert oder in einer unzulässigen Uebersetzung oder in einer Bearbeitung auf mechanischem Wege vervielfältigt wird. Es ist nicht bloß verboten die mechanische Vervielfältigung des Werks selbst, sondern auch einer mit einer gewissen geistigen Operation hergestellten Bearbeitung des fremden Werks, welche aber ihrem ganzen Gehalt nach nicht als eignes Werk des Bearbeiters erscheint und dem berechtigten Autor Konkurrenz macht. Für Uebersetzungen und für Bearbeitungen musikalischer Compositionen ist dies ausdrücklich gesagt (Reichsges. § 4, 46); dasselbe muß aber auch für sonstige Bearbeitungen eines fremden Werks gelten[10]). Die Grenzlinie zwischen erlaubter Benutzung eines andern Werks und Nachdruck läßt sich nicht abstrakt ziehen, sondern es ist für den konkreten Fall zu beurtheilen, in wie weit das neue Werk Nachdruck oder Plagiat ist oder sich in den Grenzen der erlaubten Benutzung hält[11]). Der Gesichtspunkt, in wie weit durch die Bearbeitung der Absatz des Orginalwerks beeinträchtigt wird[12]), darf

---

[10]) § 4 des Reichsgesetzes sagt: „Jede mechanische Vervielfältigung eines Schriftwerkes." Darunter kann man nicht eine unselbständige, geistlose Reproduktion des Werks, sondern nur ein technisches Verfahren verstehen, durch welches die Exemplare vervielfältigt werden, Klostermann I. S. 396 ff., Wächter S. 511 ff., 516 f., Mandry S. 102 f., 114 ff., Entsch. des ROH.Ger. XVI. S. 239. — Doch ergiebt die gesammte Tendenz der Gesetzgebung und die Geschichte der Verfolgung des Nachdrucks, daß man mehr verbieten wollte, als die Worte des Gesetzes sagen. Man wollte nicht bloß die Vervielfältigung des Werks selbst, sondern auch einer unwesentlichen oder über die Grenzen einer angemessenen Benutzung hinausgehenden Bearbeitung verbieten.

[11]) Wächter S. 521 ff., 525 ff., 543 ff., 546 ff., AR. S. 170 ff., 187 ff., Klostermann I. S. 380 ff, 399, UR. S. 204 ff., Mandry S. 111 ff., 188 ff., Dambach S. 43 ff. — Ueber das Dindorf'sche Lexicon Sophocleum, welches als Nachdruck des Ellendt'schen Lexicon Sophocleum erscheint, vgl. Entsch. des ROH.Ger. XVI. S. 219—247. — In wie weit bei topographischen Arbeiten früher herausgegebene Werke benutzt werden dürfen, Entsch. XI. S. 165 ff. — Die Bearbeitung eines Romans oder einer Novelle für die Bühne ist im allgemeinen kein Nachdruck, Wächter I. S. 526, AR. S. 189.

[12]) Wächter AR. S. 191 f. — Wird ein kleines Stück eines größern Werks nachgedruckt, so erwächst daraus dem Verfasser des größern Werks regelmäßig kein nennenswerther Schaden, während möglicherweise durch das Erscheinen eines neuen Werks über dasselbe Thema, ohne daß Nachdruck vorliegt, der Absatz des ältern Werks stark leidet (z. B. ein neues Reisehandbuch, welches die ältern Werke in erlaubter Weise benutzt).

dabei nur als ein Moment in Betracht kommen, kann aber nicht allein entscheiden, denn auch ohne vermögensrechtliche Schädigung ist der Nachdruck strafbar.

4. Bei Werken der bildenden Kunst ist verboten (Reichsgesetz vom 9. Jan. 1876 § 5) „jede Nachbildung . . , welche in der Absicht dieselbe zu verbreiten ohne Genehmigung des Berechtigten hergestellt wird", gleichviel ob die Nachbildung eine einfach mechanische ist (Photographie) oder ob es zu ihr einer besonderen künstlerischen Thätigkeit, z. B. der Anfertigung einer Nachbildung (Kupferstichplatte nach einem Oelgemälde) bedurfte, gleichviel ob bei der Hervorbringung das gleiche oder ein anderes Verfahren angewandt wurde[13]), ob die Nachbildung das Werk getreu oder mit Abweichungen wiedergiebt[14]), ob sie selbständig für sich besteht, oder ob die Nachbildung eines Werkes der bildenden Künste sich an einem Werke der Baukunst, der Industrie, der Fabriken, Handwerke oder Manufakturen befindet (§ 5 no. 3)[15]).

Ueber den Nachdruck musikalischer Compositionen Reichsgesetz v. 11. Juni 1870 § 46 (vgl. oben § 161 N. 6); detaillirter ist das Baier. Ges. v. 28. Juni 1865 art. 23: „dagegen wird nicht als Nachdruck betrachtet die Benutzung eines Themas oder eines Tonstückes zu Variationen, Phantasien, Etüden und ähnlichen Tonwerken, vorausgesetzt, daß sie nicht der Hauptsache nach in eine Umgehung der . . . . Verbote ausartet."

In Frankreich geht der Schutz des Autors von literarischen und musikalischen Werken viel weiter; hier ist die Benutzung einer Novelle zu einem Drama, die Benutzung einer Melodie zu einer im übrigen selbständigen musikalischen Composition untersagt.

[13]) Reichsges. § 5: „Als verbotene Nachbildung ist es auch anzusehen, wenn bei Hervorbringung derselben ein anderes Verfahren angewendet worden ist, als bei dem Originalwerk; wenn die Nachbildung nicht unmittelbar nach dem Originalwerke, sondern mittelbar nach einer Nachbildung desselben geschaffen ist." — Detaillirter sagt das Bairische Gesetz art. 26: „sei diese Vervielfältigung eine mechanische, wie z. B. durch Benutzung der Originalplatten oder Formen, durch Photographie, Abguß oder werde sie durch Nachbildung vermittelt, vorausgesetzt, daß im letzten Fall ein Verfahren beobachtet wird, durch welches eine Mehrheit nachgebildeter Exemplare mittelst der nämlichen Vorrichtung hergestellt werden kann, z. B. Kupferstiche nach einem Gemälde oder einem andern Kupferstiche."

[14]) Wächter I. S. 580 f.

[15]) Der Bundesbeschluß vom 9. Novbr. 1837 hatte nur die mechanische Vervielfältigung verboten, so daß eine Kopie von einem Oelbilde gestattet war.

5. Der Nachdruck oder die Nachbildung sind nur dann verboten, wenn sie in der Absicht sie zu verbreiten, unternommen werden[16]). Gestattet ist z. B. „die Einzelkopie eines Werkes der bildenden Künste, sofern dieselbe ohne die Absicht der Verwerthung angefertigt wird" (Reichsges. v. 9. Jan. 1876 § 6 no. 1)[17]). Handkopien, gleichviel ob einmalige oder mehrmalige sind also erlaubt, wenn es an der Absicht der Verwerthung fehlt[18]). Dagegen würde die mit der Absicht der Verbreitung unternommene Vervielfältigung eines geschützten Oelbildes durch Photographie verboten sein[19]).

Kein Nachdruck ist es, wenn die Vervielfältigung während der

— Das Preuß. Ges. v. 11. Juni 1837 verbot „die Vervielfältigung von Zeichnungen oder Gemälden durch Kupferstich, Stahlstich, Holzschnitt, Lithographie, Farbendruck, Uebertragung u. s. w., von Skulpturen aller Art durch Abgüsse, Abformungen u. s. w." Es durfte also nach dem Original eine Statue durch Skulptur zum Zweck der Verbreitung angefertigt werden. (Abweichend bereits einige ältere Gesetze, Klostermann UR. S. 227.) Nur die mechanischen Vervielfältigungen, welche der Nachbildner von seiner Kopie unternimmt, waren verboten, Wächter I. S. 547 ff.; anderer Ansicht über den Sinn der ältern Bestimmungen Jolly S. 177 ff.

[16]) Ges. vom 11. Juni 1870 § 18 Abs. 1, vom 9. Jan. 1876 § 5, vom 10. Jan. 1876 § 3, vom 11. Jan. 1876 § 5. Dambach S. 46, 133 ff. — Dies Requisit verwarf früher Klostermann I. 406.

Die Absicht der Verbreitung ist auch anzunehmen, wenn der Nachdruck von einer größern Zahl von Personen benutzt werden soll, also wenn ein Gesangverein für sich die Stimmen mechanisch vervielfältigen läßt, Entsch. des ROH.Ger. XV. S. 311 f.; oben N. 9.

[17]) Anders das Baier. Gesetz art. 26 Abs. 2: „Die Anfertigung von Einzelkopien ohne Genehmigung des Urhebers des Originals ist so lange als Nachdruck verboten, als das Original noch Eigenthum des Urhebers und noch nicht erlaubter Weise vervielfältigt ist."

[18]) Klostermann UR. S. 228; über das mißliche der Bestimmung Wächter UR. S. 181 ff. — Dagegen hat das Züricher Gericht (vgl. Spöndlin Verlagsrecht 1867) Jemand verurtheilt, welcher eine Büste in wenigen Exemplaren nachgebildet und verschenkt hatte. Freilich wissen wir nicht, ob er sie originaliter nachgebildet oder ob er sie abgegossen hat; im letztern Falle würde er auch nach deutschem Recht verurtheilt werden.

[19]) Reichsges. § 5; daß ein vermögensrechtlicher Vortheil beabsichtigt wurde, ist nicht erforderlich. — Ich darf also ein mir gehöriges noch geschütztes Bild nicht photographiren lassen, um die Photographien meinen Freunden zu schenken; vgl. auch Klostermann UR. S. 228.

Schutzzeit, aber in der Absicht vorgenommen wird, die Exemplare erst nach dem Ablauf der Schutzfrist zu verbreiten[20]).

6. Das Delikt des Nachdrucks ist vollendet, sobald ein Exemplar des Werks hergestellt ist. Im Falle des bloßen Versuchs tritt keine Bestrafung ein und kann selbstverständlich auch von keiner Entschädigung die Rede sein (Reichsges. v. 11. Juni 1870 § 22)[21]).

7. Während das Nachdrucksdelikt dolos und kulpos begangen werden kann (N. 4 ff.), ist derjenige, welcher nachgedruckte Exemplare „gewerbemäßig feilhält, verkauft oder in sonstiger Weise verbreitet", nur im Falle seines dolus, also wenn er mit Bewußtsein Nachdruck verbreitet[22]), straffällig und ersatzpflichtig[23]).

Besonders bei Musikalien, aber auch bei Schriftwerken kommen Verlagsverträge der Art vor, daß der Autor sein Werk nicht bloß einem Verleger, sondern mehreren mit der Bestimmung in Verlag giebt, daß Jeder von ihnen das Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht für einen bestimmten, geschlossenen geographischen Umkreis haben soll. Man spricht hier von einem getheilten Verlagsrecht. Nach dem Baierischen Gesetz[24]) und ebenso nach mehreren internationalen Ver-

---

[20]) Dambach S. 135.

[21]) Die frühere Gesetzgebung und Literatur bestimmte den Begriff des versuchten und vollendeten Nachdrucks zum Theil in anderer Weise, vgl. Wächter I. S. 507, 612 ff., Klostermann I. S. 400 ff. — Unrichtig meint jetzt Klostermann A. S. 35, daß wenn von einem mehrere Bogen umfassenden Werk erst ein einzelner Druckbogen nachgedruckt ist, kein bloßer Versuch, sondern ein vollendeter theilweiser Nachdruck vorliegt. Vielmehr ist ein vollendetes Delikt nur dann anzunehmen, wenn ein Exemplar in dem Umfange hergestellt ist, daß es sich zur Verbreitung eignet, Dambach S. 157.

[22]) Man kann vom Sortimentsbuchhändler nicht verlangen, daß er genau prüfen soll, ob die von ihm feilgehaltenen Exemplare Nachdruck seien.

[23]) Ges. v. 11. Juni 1870 § 25, Wächter S. 616 ff. — Wenn es im Gesetz heißt: „oder in sonstiger Weise verbreitet", so fällt darunter auch das Verleihen von nachgedruckten Exemplaren durch Leihbibliothekare, Bluntschli § 50. 8, Dambach S. 164, Klostermann A. S. 38; nach älterm Recht galt dasselbe nicht als verboten, Wächter I. S. 627 N. 1, 3. — Dagegen das Vorlesen aus einem nachgedruckten Exemplar gehört nicht hierher, da durch dasselbe der Inhalt, aber nicht das Exemplar verbreitet wird.

[24]) Baier. Ges. vom 28. Juni 1865 art. 2 Abs. 2: „Ist das Recht eines Verlegers durch Uebereinkunft in der Art beschränkt, daß von ihm hergestellte Exemplare in einem bestimmten Lande nicht verkauft werden dürfen, so unterliegen die von ihm hergestellten Exemplare, soweit sie dort, wo sie nach der Ueber-

trägen wird die wissentliche Verbreitung der einen Ausgabe in einem Lande, für welches ein anderer Verleger das Verlagsrecht besitzt, gleichfalls als Nachdruck behandelt[25]). Das deutsche Reichsgesetz hat keine solche Bestimmung[26]). Freilich sind auch jetzt noch Verlagsverträge zulässig, durch welche ein getheiltes Verlagsrecht begründet wird[27]), aber verboten ist nur die Verbreitung von Exemplaren, „welche den Vorschriften des gegenwärtigen Gesetzes zuwider angefertigt worden sind." Abgesehen also davon, daß durch internationale Verträge ein getheiltes Verlagsrecht gegen die Verbreitung von Exemplaren von der andern Seite her geschützt sein kann, darf nach dem gegenwärtig geltenden Recht ein Buchhändler, welcher Exemplare, die für ein anderes Gebiet hergestellt sind, verbreitet, nur dann in Anspruch genommen werden, wenn er dadurch eine vertragsmäßige Verpflichtung verletzt: auch ist er nur seinem Contrahenten ersatzpflichtig[28]). Geht die Verbreitung von andern Personen aus, so sind sie weder straffällig noch ersatzpflichtig.

8. „Wer vorsätzlich oder aus Fahrlässigkeit einen Nachdruck ..... veranstaltet, ist den Urheber ..... zu entschädigen verpflichtet" (Ges. v. 11. Juni 1870 § 18); darüber, ob ein Schaden entstanden ist[29]) und wie hoch er sich beläuft, hat das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Ueberzeugung zu entscheiden

---

einkunft nicht verkauft werden dürfen, feilgeboten oder verkauft worden sind, dem Verbote des Nachdrucks."

[25]) Volkmann in d. Ztschr. f. Rechtspfl. u. Verwaltung Sachsens N. F. XIV. 2 S. 110—125, Wächter II. S. 621 ff., Klostermann I. S. 258 ff., Mandry S. 167 ff. — Zu Gunsten des getheilten Eigenthums neuerdings ganz besonders Volkmann in d. angef. Ztschr. N. F. XLV. 1878 S. 97—128, dem ich de lege ferenda mich durchaus anschließe.

[26]) Die Bestimmung des Entwurfs, welche das getheilte Verlagsrecht anerkennen wollte, hat der Reichstag gestrichen und außerdem die Resolution angenommen, daß bei künftigen internationalen Verträgen das getheilte Verlagsrecht beseitigt werden möge.

[27]) § 3 sagt, daß das Recht des Urhebers „beschränkt oder unbeschränkt" übertragen werden könne; Entsch. d. ROH. Ger. XXII. S. 37 ff.

[28]) Dambach S. 273 f., Klostermann UR. S. 239, Heydemann (vgl. den Titel oben S. 20 N. 8) S. 190, Wächter AR. S. 227 ff.

[29]) Da nicht durch jeden Nachdruck eine Vermögensbeschädigung erfolgt, ist die Definition des Nachdrucks bei Förster II. § 153 Anf. („Nachdruck ist die Vermögensbeschädigung verlagsberechtigter Personen" u. s. w.) nicht korrekt.

(§ 19 vgl. mit § 29)[30]. Da es sich kaum auch nur annähernd ermessen läßt, wie viel Exemplare des Werks verkauft worden wären, wenn der Nachdruck unterblieben wäre und überhaupt die Höhe des Schadens schwer nachzuweisen oder zu veranschlagen ist, so kann, „statt jeder . . . . . Entschädigung auf Verlangen des Beschädigten neben der Strafe auf eine an den Beschädigten zu erlegende Geldbuße bis zum Betrage von 2000 Thalern erkannt werden . . . . Eine erkannte Buße schließt die Geltendmachung eines weiteren Entschädigungsanspruches aus“ [31]). Diese Buße ist keine Privatstrafe, sondern eine vom Strafrichter nach freiestem Ermessen festzusetzende Entschädigung[32]). Spricht derselbe den Angeklagten von der Strafe frei, z. B. weil er sich in einem entschuldbaren Irrthum befunden hat (oben zu N. 4), so darf er auch nicht auf eine Geldbuße erkennen[33]); dagegen kann der Verletzte im Civilprozeß seinen Entschädigungsanspruch geltend machen.

9. Um den Verletzten vor weiterem Schaden zu bewahren, sind, auch wenn den Nachdrucker keine Schuld trifft, die vorräthigen Nachdrucksexemplare, welche sich im Eigenthum des Veranstalters oder Veranlassers des Nachdrucks oder im Besitz des Druckers, der Sortimentsbuchhändler und der gewerbsmäßigen Verbreiter befinden[34]), und die zur widerrechtlichen Vervielfältigung ausschließlich

---

[30]) Ueber das ältere Recht Wächter II. S. 666 ff., Klostermann I. S. 425 ff.

[31]) Ges. v. 11. Juni 1870 § 18 Abs. 4, 5; entsprechend nach den andern Urhebergesetzen und dem Patentgesetz § 36.

[32]) Vgl. oben § 200 N. 45. — Auf eine Buße kann nur erkannt werden, wenn ein Schaden entstanden ist. Irrig meint Wächter A.R. S. 250, der Richter könne auch zu einer Buße verurtheilen, wenn eine bloße Gefährdung vermögensrechtlicher Interessen eingetreten sei; ähnlich Kohler S. 658. — Die Buße tritt an die Stelle der Entschädigung und von einer Entschädigung kann doch nur die Rede sein, wo ein Schaden vorhanden ist.

[33]) § 18: Es kann „neben der Strafe auf eine . . . . Geldbuße . . . . erkannt werden.“

[34]) Klostermann I. S. 415 ff. behauptet, daß im Fall des wörtlichen Nachdrucks eines fremden Werks der Autor oder rechtmäßige Verleger unmittelbar Eigenthümer der nachgedruckten Exemplare werde und sie vindiciren könne; er schließt dies daraus, daß er die Wahl zwischen Vernichtung und Auslieferung der Exemplare habe. Auch noch Anh. S. 43 betrachtet er dieses letztere Recht „als einen Ausfluß des dem Autor oder Verlagsberechtigten an den unbefugt vervielfältigten Exemplaren seines Werks zustehenden Eigenthumsrechtes;“ vgl. auch

bestimmten Vorrichtungen, wie Formen, Platten, Steine, Stereotypabgüsse u. s. w. einzuziehen[35]) und entweder zu vernichten oder ihrer gefährdenden Form zu entkleiden und alsdann dem Eigenthümer zurückzugeben. Insoweit nicht Rechte Dritter entgegenstehen, kann der Beschädigte die Nachdrucksexemplare ganz oder theilweise gegen die Herstellungskosten übernehmen (§ 21, 25, 26).

10. Wer vorsätzlich oder fahrlässig unbefugter Weise ein dramatisches, musikalisches oder dramatisch-musikalisches Werk öffentlich[36]) aufführt, hat dem Verletzten als „Entschädigung" den ganzen Betrag der Einnahme von jeder Aufführung ohne Abzug der auf dieselbe verwendeten Kosten zu zahlen (§ 54, 55). Da durch eine solche Zahlung der Verletzte mehr erhält, als sein Schaden betrug, so liegt nur dem Namen nach eine Entschädigung, in der That aber eine Privatstrafe vor[37]). Statt dieser Entschädigung kann auch im Strafverfahren auf eine Buße erkannt werden (§ 54 vgl. mit § 18)[38]).

Traf den unbefugten Veranstalter einer öffentlichen Aufführung keine Schuld, so hat er dem Verletzten nur seine Bereicherung herauszugeben[39]).

11. Daß der Verletzte außer den durch die verschiedenen Reichsgesetze über das Urheberrecht gegebenen Klagen auf Entschädigung

---

Klostermann UR. S. 250 f. — Auch Friedlieb Reallasten S. 188 N. 10 glaubt, daß nach den Grundsätzen des deutschen Rechts über den Fruchterwerb („wer säet, der mähet") dem Autor „durch einen unmittelbaren legalen Acquisitivakt von selbst das Eigenthum aller vervielfältigten Exemplare, gewissermaßen der ganzen Ernte zufalle." Daß dies ist eine völlig unrichtige, ungesunde Annahme ist, bedarf wohl keines Beweises.

[35]) Ueber die Beschlagnahme Wächter II. S. 649 ff., Klostermann I. S. 415—425, Kohler S. 575 ff.

[36]) Gleichviel, ob entgeltlich oder unentgeltlich; öffentlich sind die Jedermann zugänglichen Aufführungen, Wächter S. 633 ff., AR. S. 331 ff., Klostermann I. S. 404 ff., Bluntschli § 50. 6. — Die öffentliche Vorlesung eines geschützten Dramas ist kein Delikt.

[37]). Entsch. des ROH. Ger. X. S. 116. — Dagegen erklärt sich Kohler S. 652 N. **. — Vgl. auch oben § 199 N. 10.

[38]) Wächter AR. S. 336 N. 32.

[39]) § 55 Abs. 4; er scheint schlechthin, ohne Nachweis des entstandenen Schadens, soweit zu haften, während beim eigentlichen Nachdruck der Veranstalter desselben „für den entstandenen Schaden" bis zur Höhe der Bereicherung haftet, Dambach S. 352.

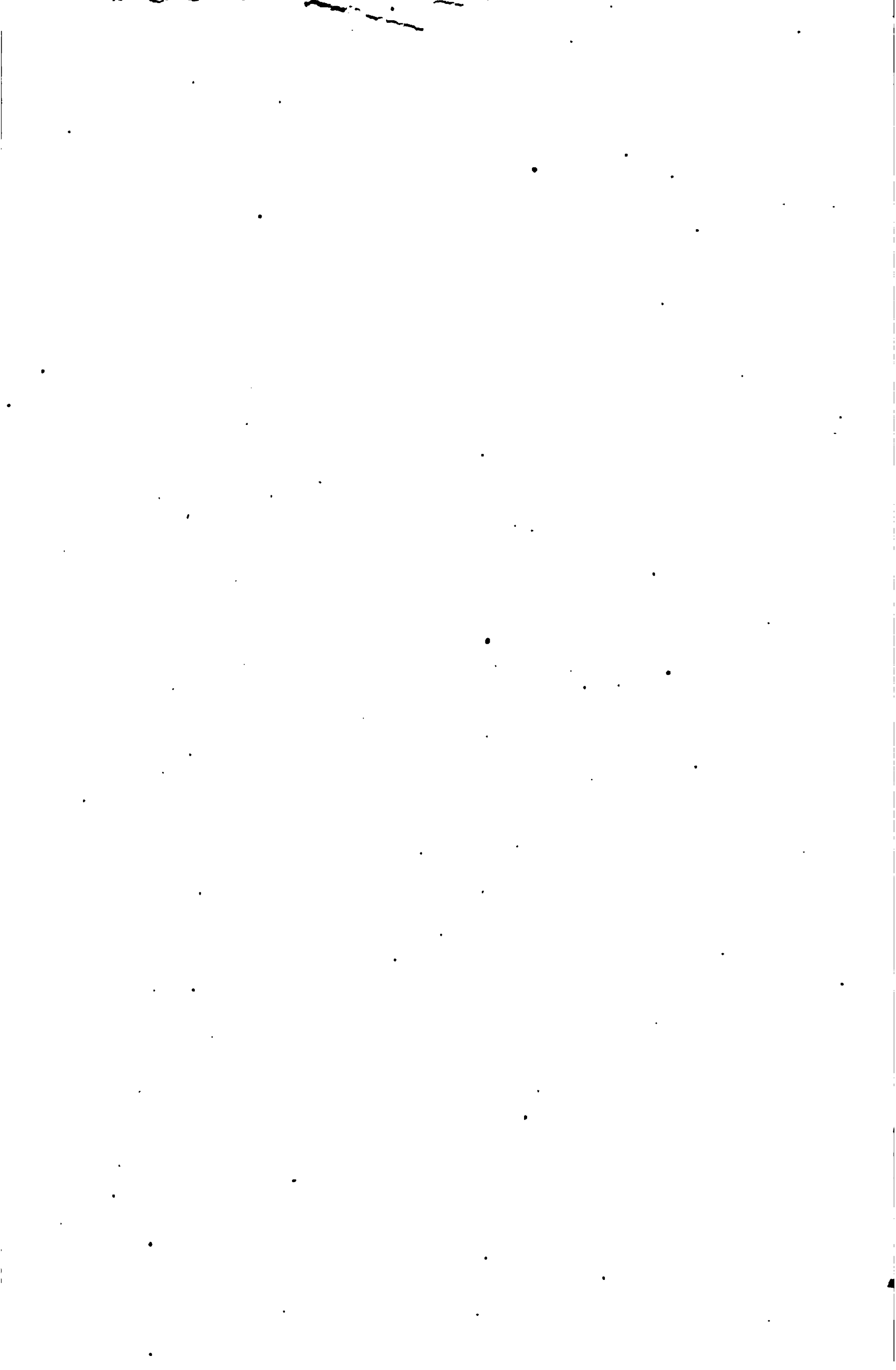
und auf Strafe noch weitere Rechsmittel, insbesondere die Injurienklage habe, ist eine unbegründete Behauptung[40]).

---

12. Wie das Recht an einem Waarenzeichen dem Urheberrecht verwandt ist, so enthält das Gesetz v. 30. Nov. 1874 § 14 bis 18 auch entsprechende Bestimmungen über die Entschädigungspflicht, Bestrafung und Beseitigung der unrechtmäßig angebrachten Waarenzeichen gegen denjenigen, welcher „Waaren oder deren Verpackung wissentlich mit einem nach Maßgabe dieses Gesetzes zu schützenden Waarenzeichen, oder mit dem Namen oder der Firma eines inländischen Produzenten oder Handeltreibenden widerrechtlich bezeichnet oder wissentlich dergleichen widerrechtlich bezeichnete Waaren in Verkehr bringt oder feilhält."

---

[40]) Sie wird von Beseler § 88 N. 13 aufgestellt, vgl. auch Klostermann UR. S. 25 f., 28. — Dambach S. 27, auf den sich Beseler beruft, sagt gar nichts darüber. Auch läßt sich der Nachdruck unter keinen der von der Beleidigung handelnden Paragraphen des Strafgesetzbuchs bringen, ebenso wie er auch nach älterm Recht keine Injurie war, Wächter I. S. 98 f., AR. S. 7 N.



Register.

Zahlen ohne weitern Zusatz bezeichnen den Paragraphen; S. bedeutet Seite, N. Note; alles was vor einem Semikolon steht, bezieht sich auf denselben Paragraphen.

F.

G.

H.

J.

K.

L.

Q.

R.

T.

U.

V.

W.

Z.

Buchdruckerei von Gustav Schade (Otto Francke) in Berlin N.





DATE DUE

MAY 1 1985			
MAY 1 1985			

GAYLORD PRINTED IN U.S.A.

